

Bereicherung durch unerlaubte Handlung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

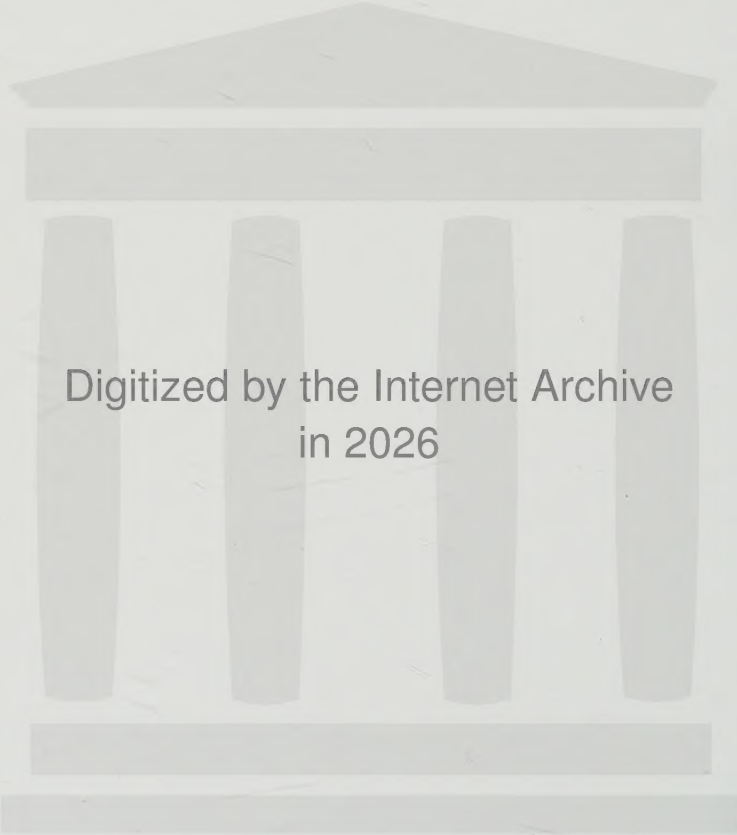
PETER CARL SCHAUFELBERGER

von Wald ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Max Keller

1981

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Bereicherung durch unerlaubte Handlung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

PETER CARL SCHAUFELBERGER

von Wald ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Max Keller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 18. Februar 1981

Der Dekan:
Prof. Dr. Gerold Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich erschienen als Heft 14 der Reihe

Zürcher Studien zum Privatrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von P. Forstmoser, C. Hegnauer, A. Heini, M. Keller, A. Meier-Hayoz, M. Rehbinder, W. R. Schluep und E. Stark

V O R W O R T

Das Bereicherungsrecht ist in der Schweiz von untergeordneter Bedeutung. Dies beruht im wesentlichen auf zwei Gründen: Zum einen wird für die Entstehung eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung zwingend vorausgesetzt, dass der Anspruchsberechtigte einen der Bereicherung des Schuldners entsprechenden Schaden, eine Entreichung, erlitten habe. Die Bereicherungsklage wird dadurch zu einer Unterart der Schadenersatzklage, deren Inhalt auf den Umfang der gegnerischen Bereicherung limitiert ist. Dem Entreicherten soll - um mit den Worten des Bundesgerichts zu sprechen - höchstens der Ersatz seiner Vermögenseinbusse zukommen (BGE 99 II 146). Damit aber bleibt das Bereicherungsrecht dem Gedanken des Schadenersatzes verhaftet und vermag nicht selbständig lebensfähig zu werden. Zum andern wird das Hauptziel der Bereicherungsklagen in der Rückforderung rechtsgrundlos erfolgter Zuwendungen gesehen. Gerade dieser Entstehungsgrund einer ungerechtfertigten Bereicherung hat aber erheblich an Bedeutung verloren, seit sich hierzulande die kausale Natur der Eigentumsübertragung durchgesetzt hat.

Auf der anderen Seite wird zwar allgemein anerkannt, dass eine ungerechtfertigte Bereicherung auch unabhängig von einer Zuwendung des Entreicherten entstehen kann, wie namentlich durch einen Eingriff des Bereicherten in eine fremde Rechtspähre. Diesen Fällen wird indes im Schrifttum wie auch in der Praxis wenig Beachtung geschenkt. Gerade hier aber liegt - wie ein Blick auf ausländisches Recht zeigt - ein wichtiger Anwendungsbereich der Bereicherungsklagen.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es daher, diejenigen Tatbestände ungerechtfertigter Bereicherung zu untersuchen, bei denen der ungerechtfertigte Vermögensvorteil durch einen Eingriff des Bereicherten selbst entsteht, also - nach neuerer Terminologie - die sogenannte Eingriffskon-dition. Dabei ist unvermeidbar, dass sich Berührungen mit dem Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung ergeben, und es sollen daher in einem Einleitungsteil die Beziehungen zwischen Bereicherungs- und Schadenersatzrecht aufgezeigt werden. Alsdann werden im Hauptteil die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs untersucht, wobei namentlich nachzuweisen sein wird, dass ein Bereicherungsanspruch nicht von der Existenz eines Schadens auf Seiten des Bereicherungsklägers abhängig gemacht werden kann. Das Schwergewicht der Betrachtung liegt auf der Eingriffskon-dition, während die Fälle, in denen eine ungerechtfertigte Bereicherung durch eine grundlose Zuwendung des Gläubigers erfolgt, lediglich zur Verdeutlichung der Unterschiede dargestellt werden. Ausser Betracht fallen schliesslich die sogenannten Zufallskon-ditionen, bei denen der ungerechtfertigte Vermögensvorteil auf ein weder vom Gläubiger noch vom Schuldner zu ver-tretendes Ereignis, also etwa auf die Handlung eines un-beteiligten Dritten oder allenfalls auf ein Naturereignis zurückzuführen ist.

Schliesslich möchte ich an dieser Stelle meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Max Keller, nicht nur für die Betreuung der vorliegenden Dissertation, sondern auch für das Wohlwollen, das er mir persönlich während meiner Assistenzzeit stets entgegenbrachte, herzlich danken.

Peter C. Schaufelberger

INHALTSUEBERSICHT

Seite

EINLEITUNGSTEIL:

Beziehungen zwischen Schadenersatz- und
Bereicherungsrecht 1

§ 1. Stellung und allgemeine Bedeutung der
Institute im Obligationenrecht 2

§ 2. Ratio des Bereicherungsrechts nach
traditioneller schweizerischer Lehre 4

§ 3. Klärung von Funktion und Ratio des Berei-
cherungsrechts durch Vergleich mit dem
Schadenersatzrecht 9

§ 4. Verhältnis zwischen Bereicherungs- und
Schadenersatzanspruch aus unerlaubter
Handlung 16

HAUPTTEIL:

Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs 26

1. Kapitel:

Die Bereicherung 27

§ 1. Vermögen als Objekt der Bereicherung 28

§ 2. Vermögensvermehrung 47

2. Kapitel:

Bereicherung "aus dem Vermögen eines andern" 63

§ 1. Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz 65

§ 2. Analyse der herrschenden schweizerischen
Lehre 68

§ 3. Interpretation des Erfordernisses "aus dem
Vermögen eines andern" im Sinne von "auf
Kosten eines andern" 122

§ 4. Entstehung und Umfang der Bereicherung
auf Kosten eines andern 138

3. Kapitel:

Ungerechtfertigtheit der Bereicherung 192

§ 1. Bedeutung und Funktion der Voraussetzung
der Ungerechtfertigtheit 192

§ 2. Mögliche Tatbestände von "Bereicherung in
ungerechtfertigter Weise" im einzelnen 203

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

Literaturverzeichnis

XVI

Abkürzungsverzeichnis

XXVIII

EINLEITUNGSTEIL:

BEZIEHUNGEN ZWISCHEN SCHADENERSATZ- UND BEREICHERUNGSRECHT

1

§ 1. Stellung und allgemeine Bedeutung der Institute im Obligationenrecht

2

§ 2. Ratio des Bereicherungsrechts nach traditioneller schweizerischer Lehre

4

I. Bereicherungsrecht als Korrektursystem für ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen

4

II. Bereicherungsrecht als Billigkeitsrecht

7

§ 3. Klärung von Funktion und Ratio des Bereicherungsrechts durch Vergleich mit dem Schadenersatzrecht

9

I. Ausgangspunkt

9

II. Grundfunktion des Schadenersatzrechts

10

III. Grundfunktion des Bereicherungsrechts

11

IV. Unterschiedliche Unrechtsgehalte zur Begründung der Ansprüche

13

A. Schadenersatzanspruch

13

B. Bereicherungsanspruch

14

§ 4. Verhältnis zwischen Bereicherungs- und Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung

16

I. Ueberblick über den Meinungsstand

16

A. Subsidiarität der Bereicherungsansprüche im allgemeinen

16

B. Verhältnis zum Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung im besonderen

18

1. Im Schrifttum

18

2. In der Rechtsprechung

19

II. Konkurrenz zwischen Bereicherungs- und Deliktsanspruch

20

A. Ablehnung der Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs gegenüber dem Deliktsanspruch	20
B. Alternative Konkurrenz zwischen Bereicherungs- und Deliktsanspruch	23
1. Tatbestand der alternativen Konkurrenz	23
2. Bedeutung der alternativen Konkurrenz zwischen Bereicherungs- und Deliktsanspruch	24
HAUPTTEIL:	
VORAUSSETZUNGEN DES BEREICHERUNGSANSPRUCHS	26
1. Kapitel: Die Bereicherung	27
§ 1. Vermögen als Objekt der Bereicherung	28
I. Vermögen im landläufigen Sinne	28
II. Vermögen im wirtschaftlichen Sinne	28
III. Vermögen im iuristischen Sinne	29
A. Im allgemeinen	29
1. Charakteristik des iuristischen Vermögensbegriffs im Unterschied zum wirtschaftlichen	30
2. Verschiedene Vermögensbegriffe in verschiedenen Rechtsgebieten	32
a. Strafrecht	32
b. Steuerrecht	34
c. Schuldbetreibungs- u. Konkursrecht	35
d. Privatrecht	35
B. Bereicherungsrechtlicher Vermögensbegriff im besonderen	38
1. Unterschiedliche Auffassungen über den bereicherungsrechtlichen Vermögensbegriff in der Doktrin	38
2. Bestandteile des bereicherungsrechtlichen Vermögens	40
3. Vermögensumfang	45

	Seite
§ 2. Vermögensvermehrung	47
I. Terminologisches	47
II. Bereicherungstatbestände im einzelnen	49
A. Bereicherung durch tatsächliche Vergrösserung des Vermögens	49
1. Vergrösserung der Aktiven	49
a. Bereicherung durch Erwerb von Geld	50
aa. Vorbemerkungen zum Eigentum an Geld	50
bb. Ursachen von Bereicherung durch Gelderwerb	54
b. Bereicherung durch Erwerb sonstiger geldwerter Güter	57
c. Bereicherung durch Besitz	58
2. Bereicherung durch Verminderung von Passiven	61
B. Ersparnisbereicherung	61
2. Kapitel: Bereicherung "aus dem Vermögen eines andern"	63
§ 1. Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz	65
§ 2. Analyse der herrschenden schweizerischen Lehre	68
I. Widerspruch zu massgeblichen Auslegungskriterien	68
A. Rechtsvergleichende Gesichtspunkte	68
1. Vorbemerkungen: Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Auslegung im allgemeinen	68
2. Deutsches Recht	70
a. Zur Entstehung des Wortlauts von § 812 Abs. 1 BGB	70
b. Ablehnung des Erfordernisses eines Schadens auf Seiten des Bereicherungsgläubigers	70
c. Verschiedene Theorien zur Interpretation des Erfordernisses "auf dessen Kosten" im deutschen Schrifttum	73

	Seite
aa. Herrschende Lehre: Zuweisungstheorie	73
aaa. Differenzierung zwischen Bereicherung durch Leistung und Bereicherung "in sonstiger Weise"	73
bbb. Widerspruch der Bereiche- rung zum Zuweisungsgehalt eines Rechts bei Bereiche- rung durch Eingriff	75
ccc. Verhältnis der Tatbestands- merkmale "auf dessen Kosten" und der Rechtsgrundlosig- keit bei der Eingriffskon- diktion	76
ddd. Subjektive Rechte mit Zu- weisungsgehalt	77
eee. Umfang des Zuweisungsge- halts eines Rechts	78
bb. Neue Entwicklungstendenzen: Kritik an der Zuweisungs- theorie - Theorie der Rechtsgutinanspruchnahme	80
aaa. Kritik an der Zuweisungs- theorie	80
bbb. Theorie der Rechtsgutin- anspruchnahme	85
cc. Widerrechtlichkeitstheorie	86
3. Ausblick auf das anglo-amerika- nische Recht	88
B. Historische Gesichtspunkte	90
1. Vorbemerkungen: Bedeutung histori- scher Gesichtspunkte für die Aus- legung im allgemeinen	90
2. Römisches Recht	91
3. Gemeines Recht	93
a. Zur Bereicherungslehre SAVIGNY'S	93
b. Zur Bereicherungslehre WINDSCHEID'S	94
4. Zur Entstehungsgeschichte von Art. 62 OR	95
5. Aelteres Schrifttum zum schweize- rischen Bereicherungsrecht	97
C. Grammatische Gesichtspunkte	100

	Seite
D. Systematische Gesichtspunkte	101
1. Vorbemerkungen: Bedeutung des systematischen Elementes für die Auslegung im allgemeinen	101
2. Stellung und Funktion von Art. 62 Abs. 1 und Art. 64 OR im System des schweizerischen Bereicherungsrechts	101
3. Systematische Stellung des Bereicherungsrechts im Privatrecht und seine Beziehung zu anderen Instituten	103
a. Bereicherungsrecht und Schadenersatzrecht	103
b. Bereicherungsrecht und Eigentums- bzw. Besitzesschutz	105
aa. Funktionelle Verwandtschaft der Institute	105
bb. Vergleich zwischen dem Umfang der Herausgabeansprüche aus Art. 938 ff ZGB und Art. 64 OR	107
aaa. Abhängigkeit des Umfanges der Herausgabeansprüche vom guten Glauben des Beklagten	107
bbb. Rückerstattungspflicht des gutgläubig-unrechtmässigen Empfängers	109
ccc. Rückerstattungspflicht des bösgläubig-unrechtmässigen Empfängers	112
ddd. Fazit	114
E. Teleologische Gesichtspunkte	115
1. Vorbemerkungen: Bedeutung des teleologischen Elementes für die Auslegung im allgemeinen	115
2. Unvereinbarkeit des Schadenserfordernisses mit dem Zweck des Bereicherungsrechts	115
II. Folgerung: Ablehnung des Schadenserfordernisses im Bereicherungsrecht	120
§ 3. Interpretation des Erfordernisses "aus dem Vermögen eines andern" im Sinne von "auf Kosten eines andern"	122
I. Für die Interpretation massgebender Wortlaut	122

	Seite
II. Funktion der Wendung in Art. 62 Abs. 1 OR	122
III. Gehalt und Bedeutung des Ausdrucks "auf Kosten" im allgemeinen Sprachgebrauch	125
IV. Interpretation der Wendung "auf Kosten eines andern" im Bereicherungsrecht als "Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre"	125
A. Die Rechtssphäre eines Rechtssubjekts	126
B. Beeinträchtigung der Rechtssphäre	128
1. Begriff der Beeinträchtigung	128
2. Objekt der Beeinträchtigung	131
3. Arten der Beeinträchtigung	133
a. Entzug eines Rechtsgutes	133
b. Sonstige Störung des ungeschmä- lerten Rechtsgutgenusses	134
aa. Bei Vermögensgütern	134
bb. Bei Persönlichkeits- gütern	135
4. Fazit	137
§ 4. Entstehung und Umfang der Bereicherung auf Kosten eines andern	138
I. Entstehung der Bereicherung auf Kosten eines andern	138
A. Herrschende Lehre: Vermögensverschiebung/Kausalität zwischen Bereicherung und Entreichung	138
B. Die Auffassung WENNER'S: Konnexität zwischen Bereicherung und Entreichung	139
C. Analyse der Entstehung der Bereicherung auf Kosten eines andern	139
1. Ablehnung der Voraussetzung einer Vermögensverschiebung	139
2. Einheit der Ursache von Bereicherung und Beeinträchtigung	140

	Seite
3. Ursachen der Bereicherung auf Kosten eines andern im einzelnen	141
a. Zuwendung des Bereicherungs- gläubigers: Vermögensverschiebung	141
b. Eingriff des Bereicherten	142
aa. Begriff des Eingriffs	142
bb. Arten bereichernder Ein- griffe	143
aaa. Eingriff in ein ding- liches Recht	143
bbb. Eingriff in ein obligato- risches Recht	144
ccc. Eingriff in ein Immaterial- güterrecht	145
ddd. Eingriff in ein Persönlich- keitsrecht	145
eee. Eingriff durch unlauteren Wettbewerb	146
c. Zufälle	146
II. Umfang der Bereicherung auf Kosten eines andern	147
A. Keine Beschränkung der Bereicherung auf eine Entreicherung des Beeinträch- tigten	147
B. Bestandteile der auf fremde Kosten erlangten Bereicherung	148
1. Objektive Bereicherung	148
a. Begriff der objektiven Berei- cherung	148
b. Objektive Bereicherung bei Ver- mögensverschiebung	148
c. Objektive Bereicherung bei Ver- fügung über fremdes Gut	149
d. Objektive Bereicherung bei Ge- brauch oder Verbrauch fremden Gutes	149
e. Unabhängigkeit der objektiven Bereicherung von einem allfälli- gen Schaden des Beeinträchtigten	150

	Seite
2. Subjektive Bereicherung: Gewinn des Bereicherten	151
a. Terminologisches: Bereicherung und Gewinn	151
b. Der Gewinnherausgabeanspruch in Lehre und Praxis	153
aa. Zweck und rechtspolitische Grundlage des Gewinnherausgabeanspruchs	153
bb. Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts	154
aaa. Nach schweizerischem Recht	154
bbb. Nach deutschem Recht	155
cc. Schadenersatztheorie	156
dd. Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag	158
c. Eigener Standpunkt	159
aa. Beschränkte Anwendungsmöglichkeit von Art. 423 Abs. 1 OR	159
bb. Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts	163
aaa. Im allgemeinen	163
bbb. Bei Markenrechtsverletzungen im besonderen	165
ccc. Bei Wettbewerbsverletzungen im besonderen	169
aaaa. Stand der Meinungen in Lehre und Praxis	169
bbbb. Zur allgemeinen Funktion des Wettbewerbsrechts	173
cccc. Beeinträchtigt unlauterer Wettbewerb eine fremde Rechtssphäre?	175
C. Beschränkung des Umfanges der Bereicherung auf Kosten eines andern: Kausalität zwischen dem eine fremde Rechtssphäre beeinträchtigenden bzw. bereicherungsverursachenden Ereignis und der eingetretenen Bereicherung	179
1. Erfordernis der Kausalität im allgemeinen	179

2. Art der Kausalität zwischen dem bereicherungsverursachenden Ereignis und der eingetretenen Bereicherung	180
a. Ablehnung der Adäquanztheorie im Bereicherungsrecht	180
b. Natürliche Kausalität zwischen dem bereicherungsverursachenden Ereignis und der eingetretenen Bereicherung	182
c. Ursachenkonkurrenz bei Gewinn	183
aa. Das Problem	183
bb. Lösungsmöglichkeiten	184
cc. Beurteilung der Lösungsmöglichkeiten	186
dd. Lösungsvorschlag	188
3. Kapitel: Ungerechtfertigkeit der Bereicherung	192
§ 1. Bedeutung und Funktion der Voraussetzung der Ungerechtfertigkeit	192
I. Bereicherungsrechtlich-systematische Funktion der Voraussetzung der Ungerechtfertigkeit	192
II. Bedeutung der Ungerechtfertigkeit der Bereicherung	193
A. Nach herrschender schweizerischer Lehre: Ungerechtfertigkeit als Mangel eines rechtlichen Grundes	193
B. Unzulänglichkeit der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung zur Begründung der Nicht-Zuwendungskonditionen	195
C. Allgemeine Bedeutung der Ungerechtfertigkeit als Diskrepanz zwischen formellem Recht und materieller Gerechtigkeit	198
1. Formelle Voraussetzung für die Ungerechtfertigkeit einer Bereicherung: Abstrakter Vermögenserwerb	199
2. Materielle Voraussetzung: Unvereinbarkeit der formell-abstrakten Rechtswirkung mit der Gerechtigkeit	201

	Seite
§ 2. Mögliche Tatbestände von "Bereicherung in ungerechtfertigter Weise" im einzelnen	203
I. Art. 62 Abs. 1 OR als Generalklausel	203
II. Konkretisierung der Generalklausel	204
A. Zur Methode der Konkretisierung im allgemeinen	204
B. Konkretisierung von Art. 62 Abs. 1 OR im besonderen	206
1. Richtlinien	206
2. Ungerechtfertigtheit der durch Zuwendung eingetretenen Bereicherung	209
a. Grundlosigkeit der Zuwendung als massgebliches Kriterium für die Ungerechtfertigtheit	209
b. Mögliche Fälle rechtsgrundloser Zuwendungen	210
aa. Fehlen eines Rechtsgrundes für die Zuwendung überhaupt	210
bb. Zuwendungen deren Rechtsgrund sich nicht verwirklicht hat	210
cc. Zuwendungen deren Rechtsgrund nachträglich wegfällt	210
c. Ausmass der Ungerechtfertigtheit der durch grundlose Zuwendung erlangten Bereicherung	211
aa. Objektive Bereicherung	211
bb. Subjektive Bereicherung	212
aaa. Bei gutgläubig Bereichertem	212
bbb. Bei bösgläubig Bereichertem	212
aaaa. Grundsatz	212
bbbb. Ausnahme	213
3. Ungerechtfertigtheit der infolge Eingriffs eingetretenen Bereicherung	214

a. Grundsatz: Widerrechtlichkeit des bereichernden Eingriffs als massgebliches Kriterium für die Ungerechtfertigkeit der Bereicherung	214
aa. Bereichernde Eingriffe	214
bb. Widerrechtlichkeit des bereichernden Eingriffs und Ungerechtfertigkeit der dadurch erlangten Bereicherung	216
b. Ausnahmefälle	217
aa. Ungerechtfertigkeit der erlangten Bereicherung trotz erlaubtem Eingriff	217
bb. Keine Ungerechtfertigkeit der Bereicherung trotz widerrechtlichem Eingriff?	219
c. Ausmass der Ungerechtfertigkeit der durch widerrechtlichen Eingriff erlangten Bereicherung	221
aa. Objektive Bereicherung	221
bb. Subjektive Bereicherung	222
aaa. Rechtspolitische Funktion des Gewinnherausgabean-spruchs	222
aaaa. Das "Postulat vom Eingriffsgewinn" in Lehre u. Praxis	222
bbbb. Deliktische Natur des Eingriffs	223
cccc. Präventivfunktion des Gewinnherausgabean-spruchs	223
dddd. Gewinnherausgabe als Sanktion für unerlaubte Handlung	225
bbb. Ausschluss der Ungerechtfertigkeit des Gewinns bei unverschuldetem widerrechtlichem Eingriff	226
ccc. Die Frage nach der Anspruchsberechtigung	229
ddd. Zur Berechnung des ungerechtfertigten Gewinns	233

	Seite
eee. Einzelfragen	236
aaaa. Gewinnherausgabe bei unlauterem Wettbewerb	236
bbbb. Gewinnherausgabe bei Verletzung von fremdem Persönlichkeitsrecht	239
aaaaa. Literatur und Praxis im Ausland	240
bbbbb. De lege lata in der Schweiz	242
ccccc. De lege fe- renda in der Schweiz	245

LITERATURVERZEICHNIS

- AEBLI, Leo Die ungerechtfertigte Bereicherung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1912
- AMREIN, Max Peter Die Gewinnherausgabe als Rechtsfortwirkung: Ein Beitrag zur Lehre von der unechten (eigennützigen) Geschäftsführung ohne Auftrag, Diss. Zürich 1967
- BALLERSTEDT, Kurt Das Unternehmen als Gegenstand eines Bereicherungsanspruchs, in FS für W. Schilling, S. 289 ff, Berlin 1973
- BAUDENBACHER, Carl Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Diss. Zürich 1978 (SSHW 28)
- BAUMBACH/HEFERMEHL Wettbewerbsrecht, 12. Auflage, München 1978
- BECKER, Hermann Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1 - 183 OR, Bern 1941/5
- BEUTHIEN/HADDING/LUEDERITZ/MEDICUS/WOLF, Studienkommentar zum BGB, 1. bis 3. Buch (§§ 1 - 1296 BGB), Frankfurt a.M. 1975 (BEUTHIEN, Volker: §§ 812 - 822 BGB: zit. BEUTHIEN)
- BIEDENKOPF, Kurt H. Ueber das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in FS zum 70. Geburtstag von Franz BOEHM, S. 113 ff, Karlsruhe 1965
- BINDING, Karl Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 2. Auflage 1902
- BIRNER, Franz Das Verschulden im Immaterialgüterrecht und Wettbewerbsrecht, Freiburg in Ue. 1970
- BLUMENSTEIN, Ernst Das System des Steuerrechts, 3. Auflage, Zürich 1971
- BRANDT, Hans Eigentumserwerb und Austauschgeschäft, Leipzig 1940
- BROCKHAUS-ENZYKLOPAEDIE 17. Auflage, Wiesbaden 1966-1974

- BUEHLER, Albin Die Vermögens-, Geschäfts- und Unternehmensübernahme nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1947
- BUCHER, Eugen Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil, Zürich 1979 (zit. OR Allg. Teil)
- ders. Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abt./1. Teilband: Art. 11-26 ZGB, Bern 1976
- ders. Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965 (zit. Subjektives Recht)
- ders. Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, Diss. Zürich 1956 (zit. Diss.)
- BUCHLI, Guido Die Uebernahme eines Vermögens oder eines Geschäftes nach Art. 181 OR, Diss. Zürich 1953
- BUEREN, Bruno von Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil Zürich 1964 (zit. OR Allg. Teil)
- ders. Schweizerisches Obligationenrecht - Besonderer Teil Zürich 1972 (zit. OR Bes. Teil)
- ders. Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, Zürich 1957 (zit. UWG)
- BURCKHARDT, Walter Methode und System des Rechts, Zürich (Nachdruck) 1971
- BUSSY, André Etude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse, Diss. Lausanne 1922
- CAEMMERER, Ernst von Bereicherung und unerlaubte Handlung, FS für Rabel Band 1, S. 333 ff, Tübingen 1954
- CARRY, Paul Les conditions générales de l'action en enrichissement illégitime en droit suisse, Diss. Genf 1927
- COING, Helmut Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947
- COSTEDE, Jürgen Dogmatische und methodologische Ueberlegungen zum Verständnis des Bereicherungsrecht, Bern 1977

- | | |
|------------------------|--|
| DABIN, Jean | Le droit subjectif, Paris 1952 |
| DERNBURG, Heinrich | Pandekten, 8. Auflage, Berlin 1911 |
| DESAX, Marcus | Haftung für erlaubte Eingriffe
Diss. Freiburg 1977 |
| DESCHENAUX, Henri | Der Einleitungstitel, in Schweizerisches Privatrecht II, S. 1 ff,
Basel/Stuttgart 1967 |
| EGGER, August | Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band:
Einleitung und Personenrecht,
Art. 1-89 ZGB, 2. Auflage,
Zürich 1930 (Nachdruck 1978) |
| ENGEL, Pierre | Traité des obligations en droit suisse (Dispositions générales du CO), Neuchâtel 1973 |
| ENNECERUS/LEHMANN | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse,
15. Auflage, Tübingen 1958 |
| ESSER, Josef | Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1971
(zit. Schuldrecht II) |
| ders. | Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates, Wien 1949
(zit. Einführung) |
| FIKENTSCHER, Wolfgang | Schuldrecht, 6. Auflage, Berlin 1976
(zit. Schuldrecht) |
| ders. | Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München/Berlin 1958
(zit. Wettbewerb) |
| FISCHER, Friedrich von | Voraussetzungen und Umfang der Pflicht zur Herausgabe der durch unlauteren Wettbewerb gewonnenen Vorteile, Diss. Bern 1950 |
| FISCHER, Theo | Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauterer Wettbewerb, Basel 1961 |
| FRIEDRICH, Hans-Peter | Die Voraussetzungen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag, ZSR NF 64 (1945), 1. Halbband, S. 9 ff |
| GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI | Schweizerisches Obligationenrecht - Allgemeiner Teil (2 Bände), Zürich 1977 |

- GAUTSCHI, Georg Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 5. Teilband: Art. 407 - 424 OR, Bern 1964
- GERMANN, O.A. Unlauterer Wettbewerb, Zürich 1945 (zit. Wettbewerb)
- ders. Vorarbeiten zur eidg. Gewerbegesetzgebung, Basel 1927 (zit. Vorarbeiten)
- ders. Zum Verhältnis zwischen der Generalklausel des Wettbewerbsgesetzes und seinen Spezialtatbeständen, in FS für Walter Hug zum 70. Geburtstag, S. 207 ff, Bern 1968 (zit. Generalklausel)
- GOFF/JONES The Law of Restitution, London 1966
- GROSSEN, Jacques-Michel Das Recht der Einzelpersonen, in Schweizerisches Privatrecht II, S. 285 ff, Basel/Stuttgart 1967
- GUHL/MERZ/KUMMER Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Auflage, Zürich 1972
- HAGEN, Horst Funktionelle und dogmatische Zusammenhänge zwischen Schadens- und Bereicherungsrecht, in FS für K. Larenz, S. 867 ff, München 1973
- HAINES, Hartmut Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb, Köln/Berlin/Bonn/München, 1970
- HECK, Philipp Lehrbuch des Schuldrechts, Tübingen 1929 (Nachdruck 1974)
- HINDERLING, Hans Der Besitz, in Schweizerisches Privatrecht V/1, S. 403 ff, Basel/Stuttgart 1977
- ders. Persönlichkeit und subjektives Recht, Basel 1963 (zit. Persönlichkeit)
- HINDERLING, Hans-Georg Rechtsnorm und Verstehen, Bern 1971 (ASR 407)
- HOFSTETTER, Josef Gewinnherausgabe und Aufwendersatz des unechten Geschäftsführers ohne Auftrag, ZBJV 100 (1964), S. 221 ff

- ders. Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, Basel/Stuttgart 1979
- HOMBERGER, Arthur Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Sachenrecht, 3. Abt.: Besitz und Grundbuch, Art. 919 - 977 ZGB, 2. Aufl./Zürich 1938
- HOTZ, Kaspar Ernst Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB, Diss. Zürich 1967
- HUBMANN, Heinrich Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl./Köln/Graz 1967
- ders. Der Bereicherungsanspruch im Persönlichkeitsrecht, in Ufita 39 (1963), S. 223 ff (zit. Ufita 39)
- HUG, Walter Der unlautere Wettbewerb als Auswirkung des Prinzips der freien Konkurrenz, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, FS für Walter Hug zum 80. Geburtstag II, S. 24 ff, Bern 1978
- ders. Unlauterer Wettbewerb, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, FS für Walter Hug zum 80. Geburtstag II, S. 101 ff, Bern 1978 (zit. Wettbewerb)
- JAEGGI, Peter Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung Art. 1 - 10 ZGB (Art. 3), Bern 1962
- ders. Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 1960 II, S. 135 a ff
- JAKOBS, Horst-Heinrich Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn 1964
- JANNER, Antonio Wandlungen der Bereicherungslehre im Schweizerischen Recht Basel 1943
- JESCHEK, Hans-Heinrich Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Auflage Berlin 1972

- JOERGES, Christian Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht, in: Die Aktiengesellschaft (AG) 21 (1976), S. 281 ff, S. 315 ff
- JUNG, E. Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, Leipzig 1902
- KAEFER, Karl Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VIII: Obligationenrecht, 2. Abt., Die kaufmännische Buchführung, Lieferung 1: Grundlagen und Art. 957 OR, Bern 1976
- KAEHLER, Christian-Michael Bereicherungsrecht und Vindikation, Bielefeld 1972
- KASER, Max Römisches Privatrecht (Kurzlehrbuch), 9. Aufl., München 1976
- KELLER, Eduard L. Die Rechtsstellung des unrechtmässigen Besitzers gegenüber dem Herausgabeanspruch nach Art. 938 ff ZGB, Diss. Zürich 1940
- KELLER/LANDMANN Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Tafeln, Zürich 1979
- KELLMANN, Christof Grundsätze der Gewinnhaftung Berlin 1969
- KLEINHEYER, Gerd Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsausgleich, JZ 1970, S. 471 ff
- KOEBL, Ursula Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, Berlin 1971
- KOENDGEN, Johannes Wandlungen im Bereicherungsrecht, in: FS für Josef Esser, S. 55 ff, Kronberg 1975
- KOENIG, Detlef Gewinnhaftung, in: FS für Ernst von Caemmerer, S. 179 ff, Tübingen 1978
- KOPPENSTEINER, Hans-Georg Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes, NJW 1971, S. 588 ff, 1769 ff
- KOPPENSTEINER/KRAMER Ungerechtfertigte Bereicherung, Berlin/New York 1975

- KUMMER, Max Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb (ASR 338), Bern 1960
- ders. Beiträge zur Lehre der causa Diss. Bern 1942 (zit. causa)
- LANDMANN, Valentin Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht, Diss. Zürich 1975
- LARENZ, Karl Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Auflage/München 1977 (zit. Allg. Teil BGB)
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band: Allgemeiner Teil, 11. Aufl./München 1976 (zit. Schuldrecht I)
- ders. Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band: Besonderer Teil, 11. Aufl./München 1977 (zit. Schuldrecht II)
- ders. Zur Bedeutung des "Wertersatzes" im Bereicherungsrecht, in: FS für Ernst von Caemmerer, S. 209 ff, Tübingen 1978
- LIVER, Peter Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht V/1, S. 1 ff, Basel/Stuttgart 1977
- MEIER-HAYOZ, Arthur Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung, Art. 1 - 10 ZGB (Art. 1 und 4), Bern 1966
- ders. Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Sachenrecht, 1. Abt.: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 ZGB, 4. Aufl./Bern 1966
- ders. Der Richter als Gesetzgeber Zürich 1951 (zit. Richter)
- MERZ, Hans Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abt.: Einleitung, Art. 1-10 ZGB (Art. 2 ZGB), Bern 1966

ders.

Ausgewählte Abhandlungen zum Privat- und Kartellrecht (FS zum 70. Geburtstag des Verfassers), Bern 1977:

- Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, S. 37 ff (zit. Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung)
- Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Ehrverletzungen und verwandte Beeinträchtigungen durch die Druckerpresse, S. 107 ff (zit. Persönlichkeit)
- Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, S. 357 ff (zit. Widerrechtlichkeit)
- Vom Wettbewerb in der Rechtsentwicklung, S. 515 ff (zit. Wettbewerb)

MESTMAECKER, Ernst-Joachim Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, S. 521 ff

MOSER, Rudolf

Die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinns, insbes. unter dem Gesichtspunkt der eigennützigen Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 423 OR, Diss. Zürich 1940

ders.

Zur Frage der Gewinnherausgabe, insbes. im Wettbewerbsrecht, SJZ 42 (1946), S. 1 ff, 17 ff

MUELLER, Luzius

Die Rückerstattung rechtswidriger Leistungen als Grundsatz des öffentlichen Rechts, Basel/Stuttgart 1978

MUNZ, Robert Jakob

Artikel 66 des Obligationenrechts - eine umstrittene Bestimmung aus dem Gebiet des widerrechtlichen Vertrags, Diss. Zürich 1958

NAWIASKY, Hans

Allgemeine Rechtslehre, Einsiedeln/Zürich/Köln 1948 (2. Aufl.)

NEMELKA, Peter

Eigentum an Geld, Diss. Zürich 1978

OFTINGER, Karl

Schweizerisches Haftpflichtrecht, 1. Band: Allgemeiner Teil, 4. Aufl./Zürich 1975

ders.

Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl./Zürich 1973 (zit. Bundesgerichtspraxis)

- ders. Von der Eigentumsübertragung an
Fahrnis, Diss. Bern 1933
(zit. Diss.)
- ders. Ueberblick über die Problematik und
einige Hauptpunkte der Interpreta-
tion, SJZ 63 (1967), S. 353 ff
- ders. Punktationen für eine Konfrontation
der Technik mit dem Recht, in:
Ausgewählte Schriften, S. 22 ff,
Zürich 1978 (zit. Punktationen)
- ORELLI, François von Die Eingriffskondiktion im schwei-
zerischen Recht, Diss. Basel 1973
(ungedruckt)
- ORTH, Siegfried Die Bereicherung im Patentrecht,
Marburg in Hessen 1928
- OSER/SCHOENENBERGER Zürcher Kommentar zum Schweizeri-
schen Zivilgesetzbuch, V. Band:
Das Obligationenrecht, Erster
Halbband: Art. 1 - 183 OR,
2. Aufl./Zürich 1929
- OSTERTAG, Fritz Berner Kommentar zum Schweizeri-
schen Privatrecht, Band IV:
Sachenrecht, 3. Abt.: Besitz und
Grundbuch, Art. 919 - 977 ZGB,
2. Aufl./Bern 1917
- PARKER, R. Das Privatrecht der Vereinigten
Staaten von Amerika, Wien 1960
- PICKER, Eduard Der negatorische Beseitigungsan-
spruch, Bonn 1972
- PINGER Wertersatz im Bereicherungsrecht,
MDR 1972, S. 101 ff, 187 ff
- PIOTET, Paul Dienstbarkeiten und Grundlasten,
in: Schweizerisches Privatrecht
Band V/1, S. 519 ff, Basel/Stutt-
gart 1977
- RAISER, Ludwig Der Stand der Lehre vom subjektivem
Recht im deutschen Zivilrecht,
ZBJV 97 (1961), S. 121 ff
- REEB, Hartmut Grundprobleme des Bereicherungs-
rechts, München 1975
- REIMER/PASTOR Wettbewerbs- und Warenzeichen-
recht, Band 3: Das wettbewerbs-
rechtliche Unterlassungs- und
Schadenersatzrecht, 4. Aufl./
Köln/Berlin/Bonn/München 1971

- Restatement of the Law of Restitution (SEAVEY/SCOTT),
St. Paul, Minn. 1937
(zit. Restatement)
- RIKLIN, Franz Der Schutz der Persönlichkeit gegen-
über Eingriffen durch Radio und
Fernsehen nach schweizerischem
Privatrecht, Diss. Freiburg 1968
- ROTH, Günter H. Vorteil, Schaden und Wert im Be-
reicherungsrecht in: FS für
G. Küchenhoff, S. 371 ff, Berlin
1972
- ROTHOEFT, Dietrich Vermögensverlust und Bereicherungs-
ausgleich, AcP 163 (1964),
S. 215 ff
- ROUBIER, P. Le droit de la propriété
industrielle, Paris 1952/54
- SAVIGNY, Friedrich Carl von System des heutigen römischen
Rechts, Band V, Berlin 1841
- SCHLECHTRIEM, Peter Bereicherung aus fremdem Persön-
lichkeitsrecht, in: FS für
Wolfgang Hefermehl, S. 445 ff,
München 1976
- SCHLUEP, Walter R. Das Markenrecht als subjektives
Recht, Basel 1964
- ders. Wirtschaftsrecht: Wesen, Aufbau,
Merkmale und Stellung im Rechts-
system, in: Zum Wirtschaftsrecht,
S. 1 ff, Bern 1978 (zit. Wirt-
schaftsrecht)
- ders. Vom lautereren zum freien Wettbewerb,
in: Zum Wirtschaftsrecht, S. 62 ff,
Bern 1978 (zit. Wettbewerb)
- SCHMITT, Rolf Die Subsidiarität der Bereicherungs-
ansprüche, Bielefeld 1969
- SCHULZ, Fritz System der Rechte auf den Eingriffs-
erwerb, AcP 105 (1909), S. 1 ff
- SCHUMACHER, Rainer Die Presseäusserung als Verletzung
der persönlichen Verhältnisse,
Diss. Freiburg 1960
- SIMONIUS, August Der Kauf als Mittel der Uebertra-
gung und der Verletzung des Eigen-
tums, in: FS für Theo Guhl,
S. 41 ff, Zürich 1950

- SOERGEL/SIEBERT Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht II, §§ 611-853 BGB, 10. Aufl./Stuttgart 1969
- SOHM Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, Archiv des bürgerl. Rechts 28 (1906), S. 180 ff
- STARK, Emil Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Sachenrecht, 3. Abt.: Besitz und Grundbuch, 1. Teilband: Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, Bern 1976
- STAUDINGER, J. von Kommentar zum BGB, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, 4. Teil, §§ 705-822 BGB, 10./11. Auflage 1975
- STRATENWERTH, Günther Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Band I, 2. Aufl./Bern 1978
- TEICHMANN, Arndt Die Flugreise-Entscheidung - BGHZ 55, 128, JuS 1972, S. 247 ff
- TRACHSLER, Walter Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme, Diss. Zürich 1975
- TROLLER, Alois Immaterialgüterrecht, Band I: 2. Aufl., Basel/Stuttgart 1968; Band II: 2. Aufl., Basel/Stuttgart 1971
- ders. Der schweizerische gewerbliche Rechtsschutz, Basel 1948
- TUHR, Andreas von Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (3 Bände), Leipzig 1910-1918 (zit. Allg. Teil BGB)
- ders. Eigentumsübertragung nach schweizerischem Rechte, ZSR 40, S. 40 ff
- VON TUHR/ESCHER Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band, 3. Aufl./Zürich 1974
- VON TUHR/PETER Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band, 3. Aufl./1. Lieferung, Zürich 1974/2, Lieferung, Zürich 1979
- VON TUHR/SIEGWART Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band, 2. Aufl./Zürich 1942

- TUOR/SCHNYDER Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl./Zürich 1975
- WEITNAUER, Hermann Zur Lehre vom adaequaten Kausalzusammenhang, Versuch einer Ehrenrettung, in: FS für Karl Oftinger (Revolution der Technik - Evolutionen des Rechts), S. 321 ff, Zürich 1969
- WENNER, Martin A. Die Voraussetzungen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Subsidiarität, Diss. Zürich 1977
- WILBURG, Walter Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Graz 1934
- WILHELM, Jan Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, Bonn 1973
- WINDSCHEID/KIPP Pandekten, 9. Aufl./Frankfurt a.M. 1906 (Neudruck Aalen 1963)
- WITTMANN, Johnny G. Grundbedingungen der ungerechtfertigten Bereicherung im schweizerischen und französischen Recht, Diss. Zürich 1943
- WOLF, Elias Interessenschutz und allgemeine Rechtssätze, ZSR 51 (1932), S. 51 ff
- ders. Probleme des unlauteren Wettbewerbs und des gewerblichen Rechtsschutzes, in: Schweiz. Mitteilungen über gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1954, S. 41 ff
- WYSS, Friedrich von Motive zu der auf Grund der Commissionsbeschlüsse vom September 1877 bearbeiteten neuen Redaktion des allgemeinen Theiles des Entwurfes zu einem schweizerischen Obligationenrechte, Bern 1877
- ZWEIGERT/KOETZ Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts
Band I : Grundlagen, Tübingen 1971
Band II: Institutionen, Tübingen 1969

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Orte
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
A.C. (2nd)	Law Reports, Appeal Cases (ab 1891, engl.)
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Heidelberg)
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
allg.	allgemein
A.L.R.	American Law Reports Annotatated (Second Series)
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
aOR	Bundesgesetz über das Obligationen- recht vom 14. Juni 1881 (altes schweizerisches Obligationenrecht)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl.	Bundesblatt
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGB	(Deutsches) Bürgerliches Gesetz- buch vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (Lausanne 1875 ff)
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof (deutsch)
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivil- sachen (Köln/Berlin 1951 ff)

Botsch.	Botschaft
BR	Bundesrat
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Erw.	Erwägung
FS	Festschrift
GG	(deutsches) Grundgesetz
gl. M.	gleiche Meinung
h.A.	heutige Ansicht
h.L.	herrschende Lehre
insbes.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
JuS	Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung (München, Berlin, Frankfurt a.M.)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
Komm.	Kommentar
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
MMG	Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900
MSchG	Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und gewerblichen Auszeichnungen, vom 26. September 1890

N	(Fuss-) Note
NJW	Neue juristische Wochenschrift (München/Berlin)
Nr.	Nummer
NR	Nationalrat
N.Y.S. (2nd)	New York Supplement (Second Series)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz über das Obligationen- recht vom 30. März 1911/18, Dezember 1936
PatG	Bundesgesetz betreffend Erfindungs- patente vom 25. Juni 1954
PR	Praxis des Bundesgerichts (Basel)
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, revidiert 18. September 1949
S.E. (2nd)	South Eastern Report (Second Series)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
Sten.Bull.	Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. September 1937
StR	Ständerat
URG	Bundesgesetz betreffend Urheber- recht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dezember 1922
U.S.	Unites States Supreme Court Reports
u.U.	unter Umständen

UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
Vorentwurf Persönlichkeitsrecht	Bundesgesetz über die Aenderung des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts (Persönlichkeitschutz), Vorentwurf der Expertenkommission für ein neues Persönlichkeitsrecht, 1974
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit., Zit.	zitiert, Zitate
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)
z.T.	zum Teil

EINLEITUNGSTEIL:

BEZIEHUNGEN ZWISCHEN SCHADENERSATZ-
UND BEREICHERUNGSRECHT

§ 1. STELLUNG UND ALLGEMEINE BEDEUTUNG DER INSTITUTE IM OBLIGATIONENRECHT

Wie alle modernen Privatrechtsordnungen, lässt auch das schweizerische Obligationenrecht privatrechtliche Schuldverhältnisse (Obligationen) entweder aus Vertrag, unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen¹. Diese Entstehungsgründe von Obligationen sind in der ersten Abteilung des Obligationenrechts (Allgemeine Bestimmungen) als grundsätzlich gleichbedeutend nebeneinandergestellt² - aus dem Gesetz zumindest geht eine Rangordnung unter den genannten Ansprüche nicht hervor.

Von der Begründung eines Anspruches aus Vertrag oder unerlaubter Handlung kann sich auch der iuristische Laie un schwer selber eine Vorstellung bilden: Während sich die Grundlage eines vertraglichen Anspruches in der dahingehenden Willenseinigung der Parteien findet, beruht der Schadenersatzanspruch auf einer unerlaubten Handlung, einem widerrechtlichen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre³, für den der Schädiger einstehen soll.

Anders liegen die Dinge beim Bereicherungsanspruch: Dessen iuristische Grundlage ist unklar und selbst dem Juristen gibt die mangelnde Anschaulichkeit des Tatbestandes Probleme auf. Schwierigkeiten bei dessen dogmatischer Erfas-

1. VON TUHR/PETER, S. 43; ZWEIGERT/KOETZ, II, S. 246.

2. 1. Abschnitt: Die Entstehung durch Vertrag (OR 1-40),

2. Abschnitt: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen
(OR 41-61)

3. Abschnitt: Die Entstehung aus ungerechtfertigter Bereicherung
(OR 62-67).

Anders das deutsche BGB: Dieses regelt die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff) und aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff) im 24. bzw. 25. Titel des BGB, am Schluss des Besonderen Schuldrechts als "Einzelne Schuldverhältnisse". In der Bundesrepublik ist man sich indessen einig, dass es sich dabei um Gebiete handelt, die systematisch dem Allgemeinen Teil des Schuldrechts angehören; dazu FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 97.I, S. 560.

3. VON TUHR/PETER, S. 407.

sung, begünstigt durch einen wahrhaft "sybillischen Gesetzeswortlaut" (ROTH), haben in der Schweiz wohl mit dazu beigetragen, dass der Bereicherungsanspruch als untergeordneter - subsidiärer⁴ - Rechtsbehelf gesehen wird. Dagegen ist der Bereicherungsanspruch in Deutschland heute von erheblicher praktischer und theoretischer Bedeutung⁵, wenngleich man auch hier nicht müde wird zu betonen, dass es im Bereich der ungerechtfertigten Bereicherung "wenig gesicherte Ergebnisse"⁶ gebe.

4. Dazu unten, § 4.I.

5. FIKENTSCHER a.a.O.

6. KOENDGEN, S. 55; vgl. auch WILBURG, S. 5 ff.

§ 2. RATIO DES BEREICHERUNGSRECHTS NACH TRADITIONELLER SCHWEIZERISCHER LEHRE

I. BEREICHERUNGSRECHT ALS KORREKTURSYSTEM FUER UNGERECHTFERTIGTE VERMOEGENSVERSCHIEBUNGEN

Die schweizerische Lehre hat sich bisher kaum den dogmatischen und funktionellen Grundlagen des Bereicherungsrechts gewidmet⁷. Allgemein wird die Auffassung vertreten, das Bereicherungsrecht diene seinem Zwecke nach dazu, (rechts-) grundlos erfolgte und daher ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen. So sieht etwa BUCHER die Aufgabe des Bereicherungsrechts darin, "bei ungerechtfertigten Vermögensverschiebungen einen Ausgleich zu schaffen"⁸ und MUELLER hält dafür, "dass die Bereicherungsklagen das privatrechtliche Prinzip der Rechtsgrundabhängigkeit von Vermögensverschiebungen konkretisieren."⁹

Dieses Verständnis für das Bereicherungsrecht beruht auf der Vorstellung, dass jemand dann auf fremde Kosten bereichert sei, wenn eine Vermögensverschiebung stattgefunden habe, d.h. wenn ein bestimmter Vermögenswert "aus dem Vermögen eines andern" (OR 62.I) in das Vermögen des Bereicherten verschoben worden sei. Regelmässig soll dabei dieser andere - der präsumptiv Anspruchsberechtigte - eine der Bereicherung des Schuldners entsprechende Entreichung (Vermögensverminderung) erleiden. Nach herrschender Meinung setzt der Bereicherungsanspruch daher voraus, dass der Bereicherung des Schuldners ein Schaden des Gläubigers gegenüberstehen soll; dieser Schaden soll die Legitimation

7. MUELLER, S. 4.

8. BUCHER, OR Allg. Teil, S. 597. Ferner: BECKER, Vorbem. zu OR 62-67, N 2; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 202 f; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 832; VON TUHR/PETER, S. 472 f; WENNER, S. 33 ff, 37.

9. MUELLER, S. 8.

für den Anspruch sein. Die Bereicherungsklage wird dadurch zu einer Unterart der Schadenersatzklage.¹⁰ Der Rückforderungsanspruch soll dem "Entreicherten" dann zustehen, wenn die Vermögensverschiebung grundlos erfolgt sei.

Diese Auffassung beruht auf den ältesten Formen der römisch-rechtlichen *condictio*, die ursprünglich allein dazu diente, eine *datio* (ein Darlehen) zurückzufordern.¹¹ Dabei wird aber übersehen, dass das Bereicherungsrecht bereits seit dem spätrömischen Recht nicht mehr allein der Rückforderung fehlgeschlagener, d.h. rechtsgrundloser Zuwendungen, sondern allgemein dazu diente, eine unrechtmässige Bereicherung, die der Schuldner auf Kosten des Gläubigers erlangt hat, diesem zuzuführen.¹² Insbesondere kann in den meisten Fällen von sog. Ersparnisbereicherung¹³ nicht gesagt werden, dass sich die Bereicherung des Schuldners aus einem anderen Vermögen in das seinige verschoben hätte. Dies lässt sich anhand von Beispielen verdeutlichen: Stielt A dem B dessen Auto, so hat sich zwischen ihren Vermögen nur das Auto "verschoben". Um dieses aber ist A überhaupt nicht bereichert, denn - wie noch an anderer Stelle zu zeigen sein wird - verbleibt das Eigentum daran bei B, A erlangt überhaupt kein Recht an diesem Auto, sondern lediglich den Besitz daran und B kann dieses vindizieren. Bereichert ist A dagegen allenfalls um dasjenige, was er durch die Entwendung des Fahrzeugs eingespart hat, also etwa um die Fahrkosten, die er sonst notwendigerweise hätte ausgeben müssen, um das Benzin für seinen eigenen Wagen oder die Auslagen für einen Mietwagen bzw. dasjenige, was er dem Eigentümer hätte bezahlen müssen, wenn er bei diesem vor dem Gebrauch des Wagens um die Benutzungserlaubnis nachgesucht hätte. Bei wirtschaftlicher

10. Vgl. etwa BGE 99 II 146; MOSER, S. 49, GUHL/MERZ/KUMMER, a.a.O.; AMREIN, S. 25.

11. Dazu unten S. 91 f.

12. Unter Justinian beruhten die Bereicherungsklagen auf dem allgemeinen Prinzip "*iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*" (Pomponius D. 50.17. 206), also, niemand dürfe sich zum Nachteil eines anderen unrechtmässig bereichern.

13. Dazu unten S. 61 f.

Betrachtungsweise kann aber nicht behauptet werden, dass sich diese Bereicherung "aus dem Vermögen" des Eigentümers in dasjenige des Autodiebes "verschoben" hätte. Ähnlich liegen die Dinge, wenn A dem B gehörende Lebensmittel verzehrt: B erleidet dadurch einen Schaden im Umfange des (Ankaufs- oder Einstands-) Wertes dieser Lebensmittel, während B um soviel bereichert ist, als er sonst normalerweise für seine Ernährung aufgewendet hätte. Deutlich geht auch aus BGE 99 II 131 ff hervor, dass eine Bereicherung durchaus nicht stets auf einer Vermögensverschiebung beruht, und dass sich Bereicherung auf der einen und Vermögensnachteil auf der anderen Seite keineswegs zu entsprechen brauchen: Nach diesem Entscheid richtet sich der Entschädigungsanspruch des gutgläubigen Materialeigentümers gegen den gutgläubigen Grundeigentümer richtigerweise nach den Regeln des Bereicherungsrechts, wenn die Voraussetzungen von Art. 672 Abs. 1 ZGB erfüllt sind (BGer a.a.O., S. 145). Die Bereicherung des Grundeigentümers bestehe aber nicht im objektiven Wert des Material- und Arbeitsaufwandes des bauenden Materialeigentümers - was dessen Vermögenseinbusse entsprechen würde -, sondern im objektiven Mehrwert, um den sich der Wert des betreffenden Grundstücks und damit das Vermögen des Grundeigentümers vermehrt habe (BGer a.a.O., S. 146). Die Vermögensverminderung, d.h. der Schaden des Materialeigentümers und die Bereicherung des Grundeigentümers sind somit aber zwei verschiedene, grundsätzlich von einander unabhängige Dinge. Dass sich diese Werte nicht zu entsprechen brauchen, anerkennt auch das BGer (a.a.O.)¹⁴ und es ist offensichtlich, dass sich dieser Mehrwert des Grundstücks - die Bereicherung des

14. Andererseits vertritt das BGer (a.a.O.) aber die Auffassung, dass dem Entreicherten höchstens der Ersatz seiner Vermögenseinbusse zukomme. Er könne aber den Ersatz dieser Einbusse nur soweit verlangen, als der Bereicherte einen entsprechenden Vermögenszuwachs erlangt habe. Auf S. 149 (E. 7.c.) stellt das BGer schliesslich fest, dass den Aufwendungen des Materialeigentümers der objektive Mehrwert des Grundstücks entspreche. Aus diesen Erwägungen aber erhellt, wie das Bereicherungsrecht in der Schweiz durch schadenersatzrechtliche Ueberlegungen geprägt wird.

Grundeigentümers - nicht aus dem Vermögen des Material-eigentümers in das seinige "verschoben" hat.

Danach ist das Vorliegen einer Vermögensverschiebung als Voraussetzung für den Bereicherungsanspruch als zu eng abzulehnen¹⁵, und es gilt zu erkennen, dass eine auf fremde Kosten erlangte Bereicherung auch anders als durch Vermögensverschiebung entstehen kann. Somit aber kann der generelle Zweck des Bereicherungsrechts auch nicht in der Rückgängigmachung rechtsgrundlos erfolgter Vermögensverschiebungen gesehen werden.

II. BEREICHERUNGSRECHT ALS BILLIGKEITSRECHT

Verbreitet ist auch die Ansicht, das Bereicherungsrecht entspreche einem Gebot der Billigkeit.¹⁶ So stellen GUHL/MERZ/KUMMER fest, Vermögensverschiebungen, die der inneren Rechtfertigung entbehrten, seien unbillig und daher ungerechtfertigt¹⁷ und das BGer vertrat in BGE 73 II 108 ff die Auffassung, der Umfang der Rückerstattung sei jeweils unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit, der das Gebiet der Bereicherungsansprüche in ausgeprägtem Masse beherrsche, festzustellen.¹⁸

-
15. Ähnlich auch VON ORELLI, S. 33; vgl. auch CARRY, S. 58. A.M. WENNER, S. 45. Immerhin anerkennt auch WENNER, dass die Negierung der Vermögensverschiebung in den Fällen der Ersparnisbereicherung zur Konsequenz haben muss, die Voraussetzung einer Vermögensverschiebung ganz fallen zu lassen (a.a.O., N 61). WENNER sieht aber die Vermögensverschiebung darin, dass "der die Vermögensverminderung verhindernde Vermögenswert aus fremdem Vermögen kommt" (wohl weil nicht sein kann, was nicht sein darf). Nur, um den verschobenen Vermögenswert ist der Empfänger meistens überhaupt nicht bereichert.
16. So BECKER, Vorbem. zu OR 62-67, N 2; ferner auch STAMMLER, "Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung", in FS Fitting, 1903, S. 153 ff. Dazu WILBURG, S. 18 ff; vgl. ferner auch WENNER, S. 151.
17. GUHL/MERZ/KUMMER, S. 203.
18. Ähnlich BGHZ 36, 235.

Dagegen wendet FLAIG ein, dass die Zulassung der Bereicherungsklage als Billigkeitsklage, die Zulassung einer Klage bedeuten würde, "die aus Billigkeitsgründen einen rechtmässig erfolgten Vermögensübergang, für den im Gesetz keine Rückforderungsmöglichkeit mehr besteht, kondizierbar macht."¹⁹ VON BUEREN weist darauf hin, dass auch die Einrichtung der materiellen Rechtskraft eine Quelle der Unbilligkeit darstellen könne, dass aber der rechtskräftige Entscheid die Streitfrage endgültig regle und bereicherungsrechtlicher Korrektur entzogen sei.²⁰

In der Tat ist der Gedanke abzulehnen, dass das Bereicherungsrecht ein "Recht höherer Art" sei²¹, mit dem unbillige Ergebnisse anderer Rechtseinrichtungen korrigiert werden könnten. Der Bereicherungsanspruch ist nicht nach dem Ermessen oder dem Billigkeitsempfinden des Richters zu gewähren. Dies könnte nämlich letzten Endes dazu führen, dass versucht würde, zwar legitime, aber unter allfälligen sozialen oder anderen Gesichtspunkten unbillig erscheinende Vermögensvermehrungen über das Bereicherungsrecht auszugleichen, was unter allen Umständen abzulehnen ist: Das Bereicherungsrecht wäre unkontrollierbarer Willkür überlassen.²² Zu Recht stellt daher auch BUCHER fest, das Bereicherungsrecht sei kein Notventil, "mit dem unbillige rechtliche Ergebnisse ganz allgemein korrigiert werden könnten."²³ Das Bereicherungsrecht steht auf der gleichen Ebene wie die andern Rechtsinstitute des Gesetzes, dem es angehört.

19. FLAIG, S. 40, 90.

20. VON BUEREN, OR Allg. Teil, S. 296. Auch die Verjährung kann u.U. eine Unbilligkeit bedeuten, die aber gleichwohl keine Bereicherungsklage begründet. BUCHER, OR Allg. Teil, S. 597; VON TUHR/PETER, S. 499.

21. WILBURG, S. 21; ebenso REEB, S. 4 und VON CAEMMERER, S. 339.

22. Ähnlich WILBURG, S. 19; ESSER, Schuldrecht II, § 100.II, S. 332.

23. BUCHER a.a.O.

§ 3. KLÄRUNG VON FUNKTION UND RATIO DES BEREICHERUNGS- RECHTS DURCH VERGLEICH MIT DEM SCHADENERSATZRECHT

I. AUSGANGSPUNKT

Sowohl der Schadenersatzanspruch aus Delikt, als auch die Bereicherungsansprüche beruhen auf der iustitia commutativa, der ausgleichenden Gerechtigkeit.²⁴ Beide Institute dienen letztlich dem Güterschutz, d.h. dem Schutze jener Güter, an denen eine Person berechtigt ist, die ihr also durch die Rechtsordnung zugewiesen sind.²⁵ M.a.W. mit beiden Instituten sollen Vermögenszustände korrigiert - ausgeglichen - werden, die der von der Rechtsordnung vorgenommenen Güterverteilung nicht entsprechen.

Indes bewirken Schadenersatz- und Bereicherungsanspruch den Güterschutz in entgegengesetzter Richtung, denn Schaden und Bereicherung beeinflussen den Vermögensstand reziprok: Schaden ist Vermögensverminderung²⁶, Bereicherung dagegen Vermögensvermehrung.²⁷ Im einen Fall soll ein widerrechtlicher Nachteil, im andern ein ungerechtfertigter Vorteil ausgeglichen werden. Die sich stellenden Probleme sind somit spiegelsymmetrisch strukturiert. "Der Symmetrieachse entspricht, um im Bilde zu bleiben, der gemeinsame Ausgleichszweck."²⁸ Mit VON BUEREN kann daher im Bereiche-

-
24. COING, S. 148 f; dazu auch VON CAEMMERER, S. 334 f und REEB, S. 1. Anders ESSER, Schuldrecht II, § 100.I, S. 330.
 25. ENNECERUS/LEHMANN, § 220.1, S. 870; VON CAEMMERER, S. 353; KAEHLER, S. 128 f. Vgl. dazu auch OFTINGER I, S. 53.
 26. Statt vieler: OFTINGER I, S. 53.
 27. Statt vieler: VON TUHR/PETER, S. 472.
 28. HAGEN, S. 868; ebenso KOPPENSTEINER, NJW 71, S. 1769 ff, insbes. 1774, N 71; vgl. auch JOERGES, S. 284 f.

nungsrecht die "Umkehrung der Schadenersatzidee"²⁹ gesehen werden.

Mögen auch die Wertungskriterien für die Begründung der Ansprüche verschieden sein, so ergeben sich doch aus dieser Symmetrie der Anspruchsinhalte ähnlich gelagerte Probleme, die gegebenenfalls analog bzw. e contraria zu lösen sind.³⁰

II. GRUNDFUNKTION DES SCHADENERSATZRECHTS

Ist Schaden entstanden, so hat der Geschädigte diesen grundsätzlich selber zu tragen. Das Schadenersatzrecht behandelt nun jene, vom genannten Grundsatz abweichenden Fälle, in denen im Gesetz oder allenfalls in einem Vertrag vorgesehen ist, dass der Geschädigte den erlittenen Schaden auf einen andern, den Ersatzpflichtigen, abwälzen kann.³¹ Diesfalls steht dem Geschädigten gegen den Ersatzpflichtigen eine Schadenersatzforderung zu, die den Ersatz des erlittenen Schadens beinhaltet.³² Ausgegangen wird dabei von der Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen des Geschädigten ohne das schädigende Ereignis hätte.³³ M.a.W., grundsätzlich bezweckt das Schadenersatzrecht den Ausgleich des erlittenen Schadens, d.h. im Vermögen des Geschädigten bzw. des Gläubigers soll grundsätzlich der Vermögensstand hergestellt werden, wie er ohne das schädigende Ereignis wäre.³⁴

29. VON BUEREN; OR Allg. Teil, S. 295. Ähnlich: WILHELM, S. 99; SCHULZ, S. 445; vgl. auch VON TUHR/PETER, S. 472 ff.

30. HAGEN a.a.O.

31. OFTINGER I, S. 33; KELLER/LANDMANN, Tafel 1.

32. VON TUHR/PETER, S. 83.

33. OFTINGER I, S. 54; JOERGES, S. 284.

34. OR 43 und 44 regeln Ausnahmefälle, in denen dem Gläubiger nur teilweiser Ersatz gewährt wird.

III. GRUNDFUNKTION DES BEREICHERUNGSRECHTS

Anders als der Schadenersatzanspruch, ist der Bereicherungsanspruch nicht auf eine Vermögensverminderung des Gläubigers gerichtet, sondern knüpft an einer Vermögensvermehrung des Schuldners an.³⁵ Es ist davon auszugehen, dass eine Vermögensvermehrung - eine Bereicherung - selbst wenn sie auf Kosten eines andern erlangt wurde, grundsätzlich keine Ansprüche begründet. Schenkt z.B. A dem B Fr. 100.--, ist B zweifellos um diesen Betrag auf Kosten des A bereichert. Letzterem steht jedoch kein Anspruch zu, weil die Bereicherung des B aufgrund des zwischen den Parteien geschlossenen Schenkungsvertrages nicht ungerechtfertigt ist. Anders liegen dagegen die Dinge, wenn B die Fr. 100.-- dem A gestohlen hat: Diesfalls ist die Bereicherung des B zweifellos ungerechtfertigt und ist demjenigen herauszugeben, auf dessen Kosten sie erlangt wurde, also dem A.

Mithin regelt das Bereicherungsrecht die Erstattung von unberechtigt, d.h. rechtlich unbegründet, Erlangtem; der Erstattungsanspruch steht demjenigen zu, auf dessen Kosten der Bereicherte den ungerechtfertigten Vermögensvorteil erlangt hat. Es wird nicht wie im Schadenersatzrecht der Ausgleich einer Vermögensverminderung des Gläubigers, sondern einer Vermögensvermehrung des Schuldners, die Abschöpfung ungerechtfertigt erlangter Vorteile bezweckt,³⁶ weil diese nicht dem Bereicherten, sondern demjenigen gebühren, auf dessen Kosten sie erzielt wurden.³⁷ M.a.W. dient der Bereicherungsanspruch "der Rückgängigmachung einer nach den sonstigen Bestimmungen des Zivilrechts nicht legitimierten, auf Kosten eines andern erfolgten Vermögensvermehrung."³⁸ Im Gegensatz zum Schadenersatz-

35. AEBLI, S. 47.

36. REEB, S. 1; ESSER, Schuldrecht II, § 100.I, S. 330 f.

37. LARENZ, Schuldrecht II, § 68, S. 464.

38. So KOPPENSTEINER/ KRAMER, S. 15.

recht soll im Vermögen des Schuldners der Zustand hergestellt werden, wie er ohne das bereicherende Ereignis wäre.³⁹

Der funktionelle Unterschied zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht kann somit wie folgt festgehalten werden: Durch einen Schadenersatzanspruch soll ein vom Geschädigten erlittener Schaden ausgeglichen werden; es ist also die Existenz eines Schadens vorausgesetzt.⁴⁰ Die Leistungspflicht des Schuldners erfährt ihre Grenze an der Vermögensverminderung des Gläubigers; dieser soll soviel (wieder-) erhalten, wie er durch das schädigende Ereignis eingebüsst hat, aber nicht mehr, denn der Geschädigte soll aus dem Schadenersatz keinen Profit schlagen, d.h. er soll durch den Schadenersatz nicht auf Kosten des Ersatzpflichtigen bereichert werden.⁴¹ Der Ersatzpflichtige hat somit nur für den entstandenen Schaden einzustehen. M.a.W. es findet eine Verlagerung des eingetretenen Schadens vom Geschädigten auf den Ersatzpflichtigen statt, weil dieser nach Gesetz oder Vertrag dazu verpflichtet ist, diesen zu tragen, d.h. nach Leistung des Schadenersatzes ist letztlich das Vermögen des Schuldners um diesen Betrag vermindert.

Andere Ziele verfolgt das Bereicherungsrecht, das an der Vermögensvermehrung des Schuldners anknüpft: Dieser soll die Bereicherung herausgeben, weil sie unter Berücksichtigung der von der Rechtsordnung getroffenen Güterordnung ein "Zuviel" in seinem Vermögen darstellt, ihm also nicht gebührt. Da im Vermögen des Schuldners der Zustand hergestellt werden soll, wie er ohne das bereichernde Ereignis wäre, ist der Umfang der schuldnerischen Leistung durch dessen ungerechtfertigte Bereicherung definiert, die er auf fremde Kosten erlangt hat. Es geht somit um die Abschöpfung dieser Vermögensvermehrung.⁴² Da der Schuldner

39. So insbes. SCHULZ, S. 445, ähnlich aber auch LARENZ a.a.O.

40. OPTINGER I, S. 47.

41. OPTINGER I, S. 66.

42. ESSER a.a.O., S. 331; REEB, S. 1.

aber nur dieses "Zuviel" herausgeben muss, darf die Erstattungsspflicht - im Gegensatz zum Schadenersatzrecht - grundsätzlich nicht zu einer Verminderung seines Vermögens führen.⁴³ Andererseits aber ist diese Bereicherung nicht - wie das BGer in BGE 99 II 146 anzunehmen scheint - durch einen allfälligen Schaden des Schuldners begrenzt, denn diesen auszugleichen ist Gegenstand des Schadenersatzrechtes. Der Bereicherungsanspruch ist - wie unten darzulegen sein wird - von einem (iuristischen) Schaden des Gläubigers grundsätzlich unabhängig und braucht einem solchen betragsmässig auch nicht zu entsprechen.⁴⁴

VI. UNTERSCHIEDLICHE UNRECHTSGEHALTE ZUR BEGRUENDUNG DER ANSPRUECHE

A. SCHADENERSATZANSPRUCH

Wie bereits gesagt, soll ein Geschädigter den erlittenen Schaden grundsätzlich selber tragen, es sein denn, er könne den Schaden aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmung auf einen andern, den Ersatzpflichtigen, abwälzen.

Als Motiv für die Schadensabwälzung kommt dabei in erster Linie ein Verschulden des Haftpflichtigen in Betracht. Mithin steht das schweizerische Recht auf dem Boden der Verschuldenshaftung, d.h. die Haftbarmachung setzt - abgesehen von besonderen, im Gesetz vorgesehenen Konstellationen, die die Haftung auch ohne Verschulden begründen

-
43. VON TUHR/PETER, S. 502, 510; BGE 73 II 108 ff. Ausnahmen bestehen zulasten des bösgläubig Bereicherten, bzw. wenn sich der Bereicherte der Vermögensvermehrung bösgläubig entäussert hat (OR 64). Aber auch dann ist für die Bemessung des Umfanges der Rückerstattung von der Vermögensvermehrung des Schuldners und nicht von der Vermögensverminderung des Gläubigers auszugehen.
44. So auch BUCHER, OR Allg. Teil, S. 596; WILBURG, S. 98; ESSER a.a.O. Dazu eingehend unten im 2. Teil, 2. Kapitel, insbes. S. 120 f.

(sog. Kausalhaftungen) und die für die vorliegende Betrachtung ohne Belang sind - grundsätzlich ein Verschulden des Ersatzpflichtigen voraus.⁴⁵

Der Grund für die Haftbarmachung ist ein moralisch-ethischer: Weil der Schädiger schuldhaft gehandelt hat, d.h., weil ihm ein vom unter den konkreten Umständen erwarteten Normalverhalten abweichendes Verhalten vorgeworfen wird, soll er für den durch dieses Verhalten verursachten Schaden aufkommen.⁴⁶ Es genügt somit für die Haftbarmachung grundsätzlich nicht, dass der Schädiger widerrechtlich in eine fremde Rechtssphäre eingegriffen oder einen Vertrag verletzt hat, sondern er muss zudem auch schuldhaft gehandelt haben.⁴⁷

Der Schadenersatzanspruch knüpft somit grundsätzlich an einem tadelnswerten, d.h. schuldhaften Verhalten an und ist somit auch Verhaltenssanktion.⁴⁸

B. BEREICHERUNGSANSPRUCH

Anders liegen die Dinge wiederum im Bereicherungsrecht: Motiv des Bereicherungsanspruches ist nicht ein irgendwie geartetes menschliches Verhalten, sondern der Umstand, dass die Vermögensvermehrung des Bereicherten im Widerspruch zu der von der Rechtsordnung vorgenommenen Güterordnung steht,⁴⁹ d.h. dass dieser Vorteil einem andern gebührt, dem er durch das Haben des Bereicherten vorenthalten wird; es liegt somit ein den negatorischen Ansprüchen verwandter Tatbestand vor.⁵⁰ Es soll eine tatsächlich erfolgte, nach den Entscheidungen der Rechtsordnung aber

45. OFTINGER I, S. 14 f.

46. OFTINGER I, S. 34 f und S. 141.

47. OFTINGER a.a.O. und VON TUHR/PETER, S. 427.

48. OFTINGER I, S. 14 f; FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 97.III, S. 564.

49. Vgl. ENNECERUS/LEHMANN, § 220.I.

50. FIKENTSCHER a.a.O., S. 563; PICKER, S. 51 f und S. 157; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 16; WILHELM, S. 80.

nicht gerechtfertigte Vermögensvermehrung ausgeglichen werden.⁵¹ Es besteht - wie FIKENTSCHER sagt⁵² - eine objektive Unrechtslage.

Zutreffend weist etwa auch ESSER darauf hin, dass es sich beim Bereicherungsanspruch im Unterschied zum Schadenersatzanspruch nicht um Verhaltenssanktion, sondern um Zustandskorrektur handelt.⁵³ Zwar kann dieser zu korrigierende Zustand ebenso wie ein Schaden auf einem widerrechtlichen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre - einem Delikt - durch den Bereicherten selbst beruhen.⁵⁴ Zur Begründung des Bereicherungsanspruches bedarf es dann jedoch keines Verschuldens, sondern es genügt, wenn feststeht, dass die Bereicherung auf widerrechtlichem Eingriff beruht und somit nicht gerechtfertigt ist, m.a.W. nicht dem Bereicherten, sondern dem Verletzten, auf dessen Kosten sie erlangt wurde, gebührt.⁵⁵

Die auszugleichende Bereicherung ist somit aufgrund der Rechtsordnung, unter Berücksichtigung der rechtlich anerkannten Positionen, wie etwa der Eigentumsverhältnisse oder der durch Verträge geschaffenen Rechtslage zu prüfen.⁵⁶ Es geht m.a.W. nicht darum, jeden beliebigen Vermögensvorteil, den jemand auf wirklich oder scheinbar unbillige Weise zum Nachteil eines andern erlangt hat, zum Gegenstand einer Rückforderung zu machen, sondern eine auf Kosten eines andern erlangte Bereicherung muss vielmehr gegen rechtlich relevante Momente verstossen, damit von Seiten des positiven Rechts eine Reaktion eintritt.

51. LARENZ, Schuldrecht II, § 68, S. 463 f.

52. FIKENTSCHER a.a.O., S. 562.

53. ESSER, Schuldrecht II, § 100.I, S. 330.

54. Vgl. VON TUHR/PETER, S. 494 und S. 407; BUCHER, Allg. Teil OR, S. 626; VON BUEREN, OR Allg. Teil, S. 309; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 853.

55. ESSER, a.a.O., S. 331; VON TUHR/PETER, S. 472 f.

56. BUCHER a.a.O., S. 597; VON BUEREN, OR Allg. Teil, S. 296 ff; ähnlich auch MUELLER, S. 7; ESSER, a.a.O., S. 332.

§ 4. VERHÄLTNIS ZWISCHEN BEREICHERUNGS- UND SCHADENERSATZANSPRUCH AUS UNERLAUBTER HANDLUNG

I. UEBERBLICK UEBER DEN MEINUNGSSTAND

A. SUBSIDIARITÄT DER BEREICHERUNGSAN- SPRÜCHE IM ALLGEMEINEN

Nach schweizerischer Lehre und Rechtsprechung haben die Bereicherungsansprüche gegenüber anderen Ansprüchen subsidiären Charakter.⁵⁷ Dies wird damit begründet, dass bei Vorliegen eines andern Anspruches keine Bereicherung auf Seiten des Schuldners vorliege:⁵⁸ "Denn wer aus dem ihm noch zustehenden Eigentum an einer Sache, wer aus Vertrag oder vertragsähnlichem Verhältnis oder aus Delikt noch Ansprüche hat, die zu seinem Vermögen gehören, hat wirtschaftlich noch keine Einbusse erlitten, und wer Schuldner solcher Ansprüche ist, kann wirtschaftlich nicht als "bereichert" bezeichnet werden."⁵⁹ Mithin soll nach dieser Auffassung der Verpflichtete überhaupt keine Bereicherung erlangt haben, wenn ein Vermögensvorteil ohnehin durch irgend einen anderen Anspruch belastet ist.

Die Lehre von der subsidiären Natur der Bereicherungsansprüche geht auf das ältere Schrifttum zum deutschen BGB,

-
57. OSER/SCHOENENBERGER, Vorbem. zu OR 62-67, N 2; BECKER, Vorbem. zu OR 62-67, N 4 ff; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 203; AEBLI, S. 8 ff; WITTMANN, S. 131 ff.
BGE 45 II 541; 73 II 199; 74 II 24; 82 II 24; 87 II 22 ff; 102 II 338; ferner auch Kantonsgericht St. Gallen, SJZ 1917/18, S. 301. Vgl. dazu auch SCHMITT, S. 118 ff; WENNER, S. 135 ff; VON TUHR/PETER, S. 519, N 31.
58. OSER/SCHOENENBERGER a.a.O.
59. GUHL/MERZ/KUMMER a.a.O.

insbesondere auf VON MAYR⁶⁰ zurück⁶¹, wobei ihr in der Schweiz mehr Erfolg beschieden war, als in Deutschland selbst: Sie fand dort keine Anerkennung und wird von Literatur und Rechtsprechung einhellig abgelehnt; allgemein wird in Deutschland grundsätzlich Konkurrenzfähigkeit des Bereicherungsanspruchs angenommen.⁶²

Gegen die Subsidiarität der Bereicherungsansprüche wird zu Recht - neuerdings auch in der Schweiz von WENNER - eingewendet, dass es sich dabei nicht um Subsidiarität im eigentlichen Sinne handelt: Diese bedeutet nämlich, dass ein bestimmter Anspruch nur dann zur Anwendung kommt, wenn der Gläubiger die gleiche Leistung nicht durch einen andern Anspruch geltend machen kann; bei Subsidiarität eines Anspruchs ist dem Gläubiger m.a.W. in dem Sinne eine Reihenfolge vorgeschrieben, dass er den subsidiären Rechtsbehelf erst dann erheben kann, wenn er die andern, primären, erfolglos geltend gemacht hat.⁶³ Sagt man aber, dass bei Vorliegen eines andern Anspruchs keine Bereicherung des Schuldners entsteht, so fehlt es an den Tatbestandsvoraussetzungen des Bereicherungsanspruchs, d.h. ein solcher entsteht diesfalls überhaupt nicht.⁶⁴ Besteht aber ein Anspruch nicht, so erübrigt sich auch die Frage, ob dieser (nichtbestehende) Anspruch gegenüber andern subsidiär sei.

Andrerseits ist nicht einzusehen, warum der Bereicherungsanspruch dann gegenüber andern Ansprüchen zurücktreten

60. Robert VON MAYR, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1903, S. 356 ff, insbes. S. 358; vgl. auch JUNG, S. 43.
61. Vgl. die Zitate bei OSER/SCHOENENBERGER und AEBLI a.a.O. Seit-her wurde diese Auffassung von Lehre und Praxis offensichtlich ungeprüft, stillschweigend anerkannt und übernommen.
62. Dazu SCHMITT, S. 88 ff, 90, 94, 102 ff, vgl. auch S. 119 N 6; ENNECERUS/LEHMANN § 221, S. 876, N 8; PALANDT, BGB, Einf. vor § 812, N 4. VON TUHR/PETER a.a.O.
63. SCHMITT, S. 25; WENNER, S. 136 f. Dazu VON TUHR/PETER, S. 40; VON TUHR, Allg. Teil BGB I, § 16, IV, S. 287. Vgl. auch BGE 74 II 24.
64. SCHMITT, S. 94; WENNER, S. 135. Gl.M. ENNECERUS/LEHMANN, § 221.I.5, S. 876. Insbes. schliessen sich nach schweizerischem Recht Vindikation und Kondiktion gegenseitig aus, seitdem sich hierzulande die kausale Natur der Eigentumsübertragung durchge-setzt hat. Dazu unten, S. 50 f.

soll, wenn sowohl dessen Voraussetzungen, als auch daneben diejenigen anderer erfüllt sind. Im Gesetz finden sich dafür keine Anhaltspunkte, und es ist daher grundsätzlich Konkurrenzfähigkeit des Bereicherungsanspruchs anzunehmen.⁶⁵

B. VERHAELTNIS ZUM SCHADENERSATZANSPRUCH AUS UNERLAUBTER HANDLUNG IM BESONDEREN

1. Im Schrifttum

Umstritten ist in der Schweiz, ob der Bereicherungsanspruch gegenüber dem Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung subsidiär sei: Während sich ein Teil der Doktrin auch hier für die Subsidiarität ausspricht,⁶⁶ bejahen andere Konkurrenz zwischen Delikts- und Bereicherungsanspruch.⁶⁷

So halten etwa VON TUHR/PETER dafür, dass eine Schadenersatzforderung mit einem Bereicherungsanspruch konkurriere, "sodass durch Erfüllung des einen Anspruchs der andere erlischt, soweit er nicht über den Umfang des ersten Anspruchs hinausgeht."⁶⁸ BUCHER bejaht Konkurrenz "insbeson-

65. SCHMITT, S. 102 ff; WENNER, S. 141 ff; ENNECERUS/LEHMANN a.a.O., S. 877. Vgl. auch BUCHER, OR Allg. Teil, S. 604.

66. OSER/SCHOENENBERGER, Vorbem. zu OR 62-67, N 2; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 203; AEBLI, S. 11; ENGEL, S. 394; WITTMANN, S. 147. Dagegen bejahte GUHL in den früheren Auflagen seines Lehrbuches Konkurrenz zwischen Delikts- und Bereicherungsanspruch, vgl. 5. Aufl., Zürich 1956, S. 175. Dazu SCHMITT, S. 120.

67. BECKER, Vorbem. zu OR 62-67, N 7; BUCHER, OR Allg. Teil, S. 604 f; VON BUEREN, OR Allg. Teil, S. 309; CARRY, S. 40; VON TUHR/PETER, S. 521; vgl. dazu auch WENNER, S. 147 ff; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 871.

68. VON TUHR/PETER, S. 522.

dere in Fällen von Eingriffskondiktion", ⁶⁹ wenn also die Bereicherung auf einen Eingriff des Bereicherten selbst zurückzuführen ist. Mit Recht stellt BUCHER sodann fest, dass sich die Priorität des einen oder andern Behelfs nicht sinnvoll begründen lasse. Schliesslich weist WENNER darauf hin, das Recht, Schadenersatz zu verlangen, sei niemals gleichwertig wie der vollzogene Schadenersatz. ⁷⁰ Solange also ein Schaden nicht tatsächlich ausgeglichen sei, sei der Schuldner um den durch die unerlaubte Handlung erlangten Vorteil bereichert.

2. In der Rechtsprechung

Das BGer hat sich in BGE 74 II 24 f ohne Begründung für die Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs gegenüber dem Deliktsanspruch ausgesprochen: "So sind mit Rücksicht auf den subsidiären Charakter des Bereicherungsanspruchs vorerst die genannten Rechtsbehelfe zu prüfen." In Frage standen Ansprüche aus Vertrag und unerlaubter Handlung. Demgegenüber vertrat das Zürcher Obergericht in ZR 40, Nr. 27, S. 76 - allerdings ebenfalls ohne nähere Begründung - die gegenteilige Auffassung.

In BGE 93 II 377 scheint nunmehr auch das BGer stillschweigend Konkurrenz zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsanspruch vorauszusetzen: "Das Handelsgericht hat der Klägerin Schadenersatz zugesprochen, weil der Beklagte ... eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR begangen habe. Ob eine solche vorliegt, mag in dessen offen bleiben, da der Betrag den das Handelsgericht der Klägerin zugesprochen hat, vor den Bestimmungen über

69. BUCHER a.a.O.

VON BUEREN tut ferner dar, dass dieses Wahlrecht des Schuldners zwischen Bereicherungs- und Deliktsanspruch insofern von Bedeutung sei, als der Gläubiger beim Bereicherungsanspruch kein Verschulden nachweisen müsse (S. 309), was insbes. dann von Vorteil ist, wenn der Schuldner handlungsunfähig ist (VON TUHR/PETER, S. 494, N 124 und S. 500).

70. WENNER, S. 149, vgl. auch S. 152 ff.

die ungerechtfertigte Bereicherung standhält."⁷¹ Wollte nämlich das BGer nach wie vor den Standpunkt der Subsidiarität des Bereicherungsanspruchs vertreten, hätte es konsequenterweise - wie in BGE 74 II 24 aufgezeigt - vorerst prüfen müssen, ob ein Anspruch aus unerlaubter Handlung vorlag und - wenn ja - einen Bereicherungsanspruch verneinen müssen. Dadurch aber, dass diese Frage nicht geprüft und der Bereicherungsanspruch von vorneherein bejaht wurde, muss angenommen werden, das BGer sei selbstredend von möglicher Konkurrenz zwischen den beiden Ansprüchen ausgegangen.

II. KONKURRENZ ZWISCHEN BEREICHERUNGS- UND DELIKTSANSPRUCH

A. ABLEHNUNG DER SUBSIDIARITÄT DES BEREICHERUNGSANSPRUCHS GEGENUEBER DEM DELIKTSANSPRUCH

Neben den Voraussetzungen eines Deliktsanspruchs können zwischen den gleichen Parteien auch die Voraussetzungen eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung erfüllt sein, nämlich dann, wenn die Bereicherung auf einem Delikt des Schuldners, also einem Eingriff in eine fremde Rechtssphäre beruht,⁷² mithin wenn der Schuldner eine Be-

71. Vorinstanz war das Handelsgericht Aargau.

72. VON TUHR/PETER, S. 407, 494.

reicherung durch unerlaubte Handlung erlangt hat.⁷³ Dies ist namentlich der Fall, wenn sich jemand eine fremde Sache - z.B. Geld - aneignet und mit einer eigenen vermischt oder wenn jemand unberechtigt fremde Sachen verbraucht oder darüber verfügt. Ebenso liegen die Dinge, wenn unbefugt fremde Güter, insbesondere Immaterialgüter verwendet werden.⁷⁴

Sind aber sowohl die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches aus unerlaubter Handlung, als auch diejenigen des Bereicherungsanspruchs erfüllt, so ist weder aus dem Gesetz, noch sonst ersichtlich, weshalb der eine gegenüber dem andern zurücktreten sollte.⁷⁵ Insbesondere schlägt die Begründung der Befürworter der Subsidiarität - der Schuldner eines Deliktsanspruchs sei wirtschaftlich nicht bereichert, weil eine allfällige Bereicherung durch die Belastung mit dem Deliktsanspruch bereits ausgeglichen sei⁷⁶ - nicht durch. Denn einerseits könnte ebenso gut umgekehrt argumentiert werden, der Gläubiger habe dann keinen Schaden erlitten, weil ihm ein Bereicherungsanspruch zustehe und ein Schadenersatzanspruch komme daher nicht in Frage.⁷⁷ Es könnte m.a.W. gesagt werden, die Vermögensverminderung des Gläubigers sei bereits durch den Bereicherungsanspruch ausgeglichen, der in seinem Vermögen ein

73. Besonders in den USA hat die Erkenntnis, dass ein Delikt eben nicht nur zu einem Schaden des Betroffenen, sondern auch zu einem Vermögensvorteil des Eingreifers führen kann, zu einer bedeutsamen Erweiterung des Bereicherungsrechts geführt. Vgl. dazu DAWSON, Unjust Enrichment, A Comparative Analysis, (Boston 1951), S. 23 und 142 ff.

Siehe auch Restatement, S. 525: "To require the wrongdoer to pay the value of what he has improperly received is ordinarily demanded by justice." (vgl. auch unten, N 86).

Insbesondere vorsätzlich begangene Delikte werden in der Regel gerade mit der Absicht begangen, sich selbst einen (widerrechtlichen und daher ungerechtfertigten) Vorteil zu verschaffen und nicht, um dem Betroffenen einen Schaden beizufügen - ein solcher wird allenfalls eventualvorsätzlich in Kauf genommen. Dazu unten S. 224. Vgl. auch ENNECERUS/LEHMANN, § 222.II.1, S. 890.

74. VON TUHR/PETER, S. 494 ff; BUCHER, OR Allg. Teil, S. 626; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 853. Vgl. auch WILBURG, S. 35 ff.

75. Oben S. 17 f. ENNECERUS/LEHMANN, § 221.I.5, S. 877.

76. In diesem Sinne GUHL/MERZ/KUMMER, S. 203 und OSER/SCHOENENBERGER, Vorbem. zu OR 62-67, N 2.

77. Ähnlich BUCHER, OR Allg. Teil, S. 604 f, N 32 und WENNER, S. 153.

geldwertes obligatorisches Recht darstellt und anstelle des Schadens tritt. Andererseits übersehen die Vertreter der Subsidiarität auch die unterschiedlichen Funktionen der beiden Ansprüche: Wie oben gezeigt, beinhaltet der Bereicherungsanspruch die Abschöpfung eines Vermögensvorteils des Schuldners, während der Schadenersatzanspruch den Ausgleich einer Vermögensverminderung des Gläubigers bezweckt; Inhalt des Anspruchs ist im einen Fall ein "Zuviel" des Schuldners, im andern ein "Zuwenig" des Gläubigers⁷⁸. Die beiden Ansprüche beruhen somit zwar auf dem gleichen Ereignis, haben aber verschiedene Inhalte, die sich - wie bereits angetönt und im übrigen noch ausführlich zu zeigen sein wird - umfangmässig keineswegs zu entsprechen brauchen⁷⁹, insbesondere kann es u.U. auch vorkommen, dass der vom Delikt Betroffene einen iuristischen, d.h. ökonomischen Schaden überhaupt nicht erlitten hat. Verfolgen zwei Ansprüche indessen unterschiedliche Ziele, versteht sich von selbst, dass der eine den andern nicht auszuschliessen vermag. Somit aber ist davon auszugehen, dass der Bereicherungsanspruch mit dem Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung konkurriert.

Letztlich ist auch zu beachten, dass das Gesetz selbst in ZGB 726.III und ZGB 727.III Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche nebeneinander zulässt (vgl. auch Art. 421 OR)⁸⁰.

78. Oben S. 12. Gl.M. WILBURG, S. 98.

79. Dazu unten S. 104 und S. 120 f.

80. Im deutschen Recht wird die Konkurrenz zwischen Delikts- und Bereicherungsanspruch aus § 852.II BGB abgeleitet, wonach derjenige, der etwas durch unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten erlangt hat, "auch nach der Vollendung der Verjährung zur Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet" ist. Dazu SCHMITT, S. 113 f; ENNECERUS/LEHMANN, § 221.I.5, S. 877; VON CAEMMERER, S. 394 f.

B. ALTERNATIVE KONKURRENZ ZWISCHEN BEREI- CHERUNGS- UND DELIKTSANSPRUCH

1. Tatbestand der alternativen Konkurrenz

Fraglich bleibt nach dem Gesagten, welcher Art die Konkurrenz zwischen Bereicherungs- und Deliktsanspruch ist. Insbesondere kommt eigentliche Anspruchskonkurrenz nicht in Betracht, denn diese setzt voraus, dass die in Frage stehenden Ansprüche gleichen Inhalt haben, "d.h. wenn jemand aus zwei verschiedenen Rechtsgründen dieselbe Leistung verlangen kann"⁸¹.

Wie aber gezeigt wurde, haben Bereicherungs- und Deliktsanspruch, auch wenn sie auf dem gleichen Ereignis beruhen und sich möglicherweise einmal auch umfangmässig decken, verschiedene Inhalte: Der eine richtet sich nach der Vermögensverminderung des Gläubigers, der andere nach der Vermögensvermehrung des Schuldners. Haben aber mehrere Ansprüche verschiedene Inhalte, so stehen sie grundsätzlich kumulativ nebeneinander⁸², d.h. der Gläubiger kann in der Regel sowohl die Erfüllung des einen, als auch des andern verlangen.

Andererseits kann nicht übersehen werden, dass vorliegend das Interesse des Gläubigers es nur rechtfertigt, entweder den Schadenersatz- oder den Bereicherungsanspruch zuzulassen, soweit sich diese umfangmässig decken. Hat z.B. A dem B Fr. 100.-- gestohlen, so soll B nicht sowohl auf dem Wege des Schadenersatzes, als auch durch den Bereicherungsausgleich je Fr. 100.-- erhalten. VON TUHR/PETER ist daher zuzustimmen, wenn sie sagen, "dass durch Erfüllung

81. VON TUHR/PETER, S. 39. Bsp.: Anspruchskonkurrenz zwischen vertraglichem und ausservertraglichem Schadenersatzanspruch (dazu OFTINGER I, S. 483 ff) oder zwischen dinglichen und obligatorischen Ansprüchen, z.B. der Eigentumsanspruch gem. ZGB 641, mit dem Rückgabeanspruch des Vermieters, OR 271, wenn dieser zugleich Eigentümer ist.

82. VON TUHR/PETER, S. 40.

des einen Anspruchs der andere erlischt, soweit er nicht über den Umfang des ersten Anspruchs hinausgeht"⁸³.

M.a.W., die Erfüllung des einen Anspruchs konsumiert auch die des andern, soweit sie sich umfangmässig decken.

Somit aber liegt ein Tatbestand von alternativer Konkurrenz vor⁸⁴: Die Zusammengehörigkeit beruht hier nicht wie bei der Anspruchskonkurrenz auf der inhaltlichen Identität der in Frage stehenden Ansprüche - Delikts- und Bereicherungsanspruch -, sondern darauf, dass sie auf ein und derselben Ursache beruhen, nämlich auf der unerlaubten Handlung des Schuldners⁸⁵.

2. Bedeutung der alternativen Konkurrenz zwischen Bereicherungs- und Deliktsanspruch

Nach dem Gesagten steht dem Gläubiger die Wahl zu, entweder den Bereicherungs- oder den Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung geltend zu machen, wenn die Voraussetzungen für beide erfüllt sind⁸⁶. Dieses Wahlrecht ist für den Bereicherungsgläubiger schon deswegen von erheblicher Bedeutung, als die Ansprüche an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft sind: So setzt der Bereicherungsanspruch insbesondere kein Verschulden des Schuldners voraus⁸⁷.

Der Bereicherungsanspruch bietet aber gegenüber dem Haftpflichtanspruch nicht nur dann einen Vorteil, wenn ein

83. VON TUHR/PETER, S. 522.

84. VON TUHR/PETER, S. 41.

85. VON TUHR, Allg. Teil BGB I, § 16.III, S. 285 f. Ein ähnliches Verhältnis besteht etwa zwischen dem Anspruch auf Wandelung oder Minderung im Kaufrecht.

86. VON CAEMMERER, S. 395 f; SCHMITT, S. 114.

Dieses Wahlrecht entspricht auch dem amerikanischen Prinzip des "waiver of tort": Hat jemand durch unerlaubte Handlung (tort) einen Vermögensvorteil auf Kosten eines andern erlangt, so kann der Gläubiger (der Geschädigte) danach wahlweise entweder auf Schadenersatz oder Herausgabe der vom Eingreifer erlangten (den Schaden des Gläubigers übersteigenden) Vorteile klagen.

Dazu ZWEIFERT/KOETZ II, S. 271 f; KELLMANN, S. 42 ff.

87. VON BUEREN, S. 309; BUCHER, OR Allg. Teil, S. 596. Vgl. auch WILBURG, S. 43.

Verschulden des Eingreifers fehlt oder nicht nachweisbar ist, sondern er gewinnt insbesondere da an Wert, wo die Bereicherung des Eingreifers den Schaden des Betroffenen übersteigt⁸⁸. Im gewerblichen Leben etwa kann die Bereicherung des rechtswidrig Handelnden einen Schaden des davon Betroffenen oft um ein Vielfaches übersteigen. In solchen Fällen aber stellt ein Schadenersatzanspruch einen unzulänglichen Rechtsbehelf dar und kann zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, weil der Vermögensausgleich nur einseitig im Vermögen des Gläubigers stattfindet und der Schuldner einen widerrechtlich erlangten Vorteil behalten kann, soweit dieser einen Schaden des Gläubigers übersteigt. Mit der Anerkennung von Liquidationsmöglichkeiten der tatsächlichen Vermögensvermehrung bei Verletzung gewerblicher Rechtsgüter und wettbewerbsrechtlicher Normen fallen der Eingriffskondiktion aber wirtschaftliche Funktionen zu⁸⁹. Auch auf dem Gebiet der Persönlichkeitsrechtsverletzungen sind schliesslich widerrechtliche Eingriffe denkbar, durch die der Betroffene zwar keinen ökonomisch messbaren Schaden erleidet, die aber dem Verletzer einen wirtschaftlichen Vorteil einbringen.

Im folgenden 2. Teil wird nun zu zeigen sein, dass eine Bereicherung auch dann auf Kosten eines andern erlangt sein kann, wenn dieser andere keinen entsprechenden oder u.U. überhaupt keinen iuristischen, d.h. ökonomisch messbaren Schaden erlitten hat. Namentlich wird auch zu untersuchen sein, ob und warum eine Vermögensvermehrung des Bereicherungsschuldners dem Anspruchsberechtigten auch dann gebührt, wenn sie dessen (nachweisbaren, iuristischen) Schaden übersteigt.

88. Gl.M. WILBURG, S. 43.

89. Ebenso JOERGES, S. 316.

HAUPTTEIL:

VORAUSSETZUNGEN DES BEREICHERUNGSANSPRUCHS

1. K a p i t e l :

D I E B E R E I C H E R U N G

Bereicherung ist Vermögensvermehrung¹.

Diese Begriffsumschreibung strahlt die allen allgemein und generell gefassten Aussagen eigene Anziehungskraft aus und besticht durch Einfachheit und scheinbare Klarheit, sie besagt jedoch wenig und bedarf der Konkretisierung.

Zwei Fragen müssen geklärt werden:

- Was ist Vermögen, als Gegenstand des Bereicherungs-
vorganges², einerseits und
- wann ist dieses Vermögen vermehrt, oder m.a.W., wann
hat jemand eine Bereicherung erlangt, anderseits.

1. VON TUHR/PETER, S. 472, BGE 71 II 96. Diese Bedeutung kommt dem Begriff aufgrund des allgemeinen Sprachverständnisses zu.
STRATENWERTH I, S. 173, 239 f. Unten, S. 47 ff.
2. Ueber Vermehrung von etwas kann erst gesprochen werden, wenn geklärt ist, was unter diesem "Etwas" zu verstehen ist. In diesem Sinne hat auch ORTH, S. 78, festgestellt, dass die Basis für alle Rechtseinrichtungen, die sich mit dem Vermögen befassen, der Begriff "Vermögen" sei. Aehnlich auch KAEHLER, S. 17; BUSSY, S. 41, Nr. 44; HAGEN, S. 869 ff.

§ 1. VERMÖGEN ALS OBJEKT DER BEREICHERUNG

I. VERMOEGEN IM LANDLAEUFIGEN SINNE

Im allgemeinen Sprachgebrauch bezeichnet Vermögen einen sozialökonomischen Begriff³: "Vermögen ist wirtschaftliche Macht"⁴. Es umfasst die Gesamtheit der Mittel, die der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse, in erster Linie des Lebensunterhaltes dienen und die die relative Stellung des Einzelnen in der Gesellschaft bestimmen⁵.

II. VERMOEGEN IM WIRTSCHAFTLICHEN SINNE

Wirtschaftlich betrachtet versteht man unter dem Vermögen einer natürlichen oder iuristischen Person die Wertsumme ihrer Aktiva zu einem bestimmten Zeitpunkt, vermindert um den Wert ihrer Verpflichtungen. Vermögen bedeutet also wirtschaftlich eine Bestandesgrösse zu einem bestimmten Zeitpunkt, die alle im Machtbereich einer Person stehenden Sach- und Immaterialgüter, ihre geldwerten Forderungen und Verpflichtungen sowie ihre Arbeitskraft, wohl auch ihren (Aus-) Bildungsgrad umfasst⁶. Vermögen umschreibt in diesem Sinne m.a.W. den geschäftlichen und finanziellen Herrschaftsbereich eines Wirtschaftssubjekts⁷, kurz, die Summe ihrer geldwerten Güter, vermindert um die darauf lastenden Verpflichtungen.

3. BUCHLI S. 1; BUEHLER, S. 3.

4. VON TUHR, Allg. Teil BGB, § 18.I, S. 313.

5. BROCKHAUS-ENZYKLOPAEDIE, Band 19, S. 535 (Stichwort "Vermögen"); VON TUHR a.a.O.; BUCHLI a.a.O.

6. MANAGEMENT-ENZYKLOPAEDIE, Band 6, (München 1972), S. 124; vgl. auch KAEFER a.a.O. N 218 f.

7. BUCHLI a.a.O.; BUEHLER a.a.O.

III. VERMOEGEN IM IURISTISCHEN SINNE

A. IM ALLGEMEINEN

Das schweizerische Recht definiert den Begriff "Vermögen" nicht^{8/9}. Im Vorangegangenen wurde festgestellt, dass Vermögen in einem allgemeinen Sinne alle Mittel zur Bedürfnisbefriedigung umfasst. Die menschlichen Bedürfnisse jedoch sind mannigfaltig, ihrer Befriedigung freien Lauf zu lassen, würde Anarchie bedeuten. Die Rechtsordnung ordnet daher das Zusammenleben unter den Menschen, indem sie ihnen ein bestimmtes Herrschaftsgebiet durch subjektive Rechte zuweist, die ihnen die wirtschaftlichen Mittel ihrer Existenz sichern¹⁰. Zutreffend sagt BUEHLER, Vermögen im iuristischen Sinne drücke aus, wieviel eine Person "vermöge"; diese Macht entspreche der Summe ihrer subjektiven Rechte¹¹.

-
8. BUCHLI, S. 1; BUEHLER, S. 3; KAEFER zu Art. 957 OR, N 220.
Vgl. auch für das deutsche Recht: LARENZ, Allg. Teil BGB, § 17.I, S. 262; VON TUHR, Allg. Teil BGB, § 18.I, S. 313.
 9. Nach a.OR 569 und 694 gehörten "Sachen, Forderungen und Rechte" zum Vermögen.
 10. VON TUHR a.a.O., § 1.I, S. 54, § 6, S. 133 ff; § 18.I, S. 314.
Vgl. auch ESSER, Einführung, S. 153; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 130; DABIN, S. 103 ff; BIEDENKOPF, S. 115.
 11. BUEHLER, S. 4; vgl. auch HAINES, S. 35 und S. 93; SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts I, S. 340, N 6.

1. Charakteristik des iuristischen Vermögensbegriffs im Unterschied zum wirtschaftlichen

Wirtschaftlich interessieren die Güter an sich, iuristisch die Rechte daran¹², m.a.W. Gegenstand des Vermögens im iuristischen Sinne sind die Rechte, die einem Rechtssubjekt an seinen Gütern zustehen¹³ und mit Hilfe derer es die Zuordnung dieser Güter zu seiner Person durchzusetzen vermag.

Ein Gut kann wirtschaftlich noch so wertvoll sein, iuristisch ist es wertlos, wenn seinem Träger das Recht fehlt, dieses Gut und die Zuordnung zu seiner Person zu erhalten. Fehlt dieses Recht, so kann es ihm sanktionslos abgenommen werden. Diese Tatsache bestätigt sich im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf: Die Kundschaft ist ohne Zweifel wirtschaftlich betrachtet ein wertvolles Gut und wird zum Vermögen eines Wirtschaftssubjekts gezählt. Niemand aber hat ein Recht darauf, dass die Kundschaft bei ihm verbleibe und nicht zu einem Konkurrenten wechsele¹⁴. Dies ergibt sich zwingend aus dem System des freien Wettbewerbes, in dem die Kundschaft Gegenstand eines ständigen Kampfes aller gegen alle ist, in dessen Verlauf der Konkurrent vom Markt verdrängt werden soll. Das Herrschaftsgebiet reicht hier soweit, als es sich jeder selbst abzugrenzen

12. BUCHLI a.a.O.

13. BUCHLI, S. 5; BUEHLER, S. 4; KAEFER zu Art. 957, N 220; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER, Einleitung N 49; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 85; ENNECERUS/NIPPERDEY, § 131.I, S. 556; LARENZ, Allg. Teil BGB, § 17.I.1., S. 263; VON TUHR, a.a.O., S. 318/319; STRATENWERTH, S. 231; BINDING, Lehrb. des gem. dt. Strafrechts, Bes. Teil I (2. Aufl., 1902), S. 238.

14. ROUBIER I, S. 10; ebenso TROLLER I, S. 117; "Die Kundschaft ist nur eine Wirtschaftschance, aber nicht Rechtsobjekt". Vgl. auch S. 125.

vermag¹⁵. Von einem Recht an der bzw. auf Kundschaft kann jedenfalls nicht gesprochen werden; iuristisch gesehen ist sie wertlos und gehört nicht zum Vermögen^{16/17}.

Das Vermögen umfasst somit iuristisch nur Rechte; dagegen sind die Objekte der zum Vermögen gehörenden Rechte keine unmittelbaren Bestandteile des Vermögens¹⁸. Diese Rechte, die als Summe das Vermögen im iuristischen Sinne bilden, nennt man Vermögensrechte¹⁹. Das Kriterium der Zugehörigkeit ist unklar und umstritten²⁰ und in den verschiedenen Gebieten der Rechtswissenschaft - ja selbst innerhalb derselben - ergeben sich abweichende Vermögensbegriffe²¹. Insbesondere im Privatrecht haben verschiedene Autoren versucht, entweder durch Aufzählung der Vermögensrechte oder durch allgemeine Umschreibung den Kreis der Vermögensrechte generell von anderen Rechten abzugrenzen. Die Versuche, den Vermögensbegriff allgemein gültig zu definieren, führen jedoch zu keinem Ziel, da dieser von den unterschiedlichen Betrachtungsweisen und den verschiedenen

15. HUG, S. 24 ff. In diesem Wettkampf kommt es vor, dass sich ein Konkurrent unloyaler Mittel bedient. Dem begegnet die Regelung über den unlauteren Wettbewerb. Dabei wird nicht an einem bestimmten, durch subjektives Recht geschützten Schutzgut angeknüpft, sondern direkt an ZGB 2: Massgebend ist das allgemeine Gebot, sich im Geschäftsleben nach Treu und Glauben zu verhalten. TROLLER I, S. 123 ff; GERMANN, Generalklausel, S. 207 ff, insbes. S. 210; BGE 102.II.43; 82 II 78 f. Dazu unten, S. 173 f. A.M. BIEDENKOPF, S. 115.
16. VON TUHR, Allg. Teil BGB I, S. 319; TROLLER I, S. 117, 125; ROUBIER I, S. 10; MASSHART, Komm. zur Wehrsteuer (Zürich 1972), N 4 zu Art. 27. A.M. KAEFER, Grundlagen N 6.26.
17. Eine Ausnahme liegt dann vor, wenn die Kundschaft (z.B. einer Arztpraxis) durch Vertrag übertragen wird. Diesfalls entsteht ein relatives subjektives Recht (eine Forderung) des Erwerbers, aber nur gegen den Veräußerer. Auch dann hat der Erwerber kein (absolutes) Recht darauf, dass ihm diese Kundschaft nicht von einem Dritten abgeworben wird. Vgl. SJZ 62 (1966) S. 64 f; a.M. WENNER, S. 42. Dagegen kann sich die Kundschaft (oder der Goodwill), indirekt durch den durch diese realisierten Gewinn auf ein Vermögen auswirken. Dazu unten, S. 56.
18. VON TUHR a.a.O., S. 318; z.B. ist das Eigentumsrecht an Sachen Bestandteil des Vermögens, nicht aber die Sachen selbst.
19. VON TUHR/PETER, S. 9; TUOR/SCHNYDER, S. 463; VON TUHR, Allg. Teil BGB, § 18.I, S. 314; ENNERCERUS/NIPPERDEY, § 78.II, S. 293.
20. KAEFER, zu Art. 957 OR, N 209; SCHLUEP, S. 352.
21. KAEFER a.a.O.; vgl. auch HAGEN, S. 870.

Funktionen, die das Vermögen in den jeweiligen Gebieten erfüllen soll, abhängig ist²².

Auch die Frage, ob es sich im einzelnen Falle um Bruttovermögen (auch Rohvermögen: Die Summe aller positiven Werte, bzw. Rechte, also der Aktiva) oder um Nettovermögen (auch Reinvermögen: Bruttovermögen, vermindert um die darauf lastenden Verpflichtungen oder Passiva)²³ handle, ist jeweils unter Berücksichtigung des Sinnes, der dem Vermögen gerade zukommt, besonders zu erörtern^{24/25}.

2. Verschiedene Vermögensbegriffe in verschiedenen Rechtsgebieten

a. Strafrecht

Der Vermögensbegriff spielt im Strafrecht eine wichtige Rolle: So handelt der gesamte zweite Teil der besonderen Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches von den "strafbaren Handlungen gegen das Vermögen" (Art. 137-172 StGB: Diebstahl, Betrug, Erpressung, Konkursdelikte etc.). Es erstaunt daher nicht, dass die strafrechtliche Doktrin einen erheblichen Beitrag zur Klärung des Vermögensbegriffs beigetragen hat. Dabei ist die Verwandtschaft der Problematik mit der des Bereicherungsrechts offensichtlich, setzen doch zahlreiche Vermögensdelikte (so

-
- 22. KAEFER a.a.O.; BUCHER, OR Allg. Teil, S. 631, N 125; HAGEN a.a.O.
 - 23. KAEFER, zu Art. 957, N 212; VON TUHR, Allg. Teil BGB, § 18.IV, S. 322; VON TUHR/PETER, S. 85.
 - 24. KAEFER a.a.O.; VON TUHR a.a.O.; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 85, vgl. auch SOHM, Archiv d. bürgerl. R. 28 (1906), S. 183.
 - 25. Im Sinne des Haftpflichtrechts bedeutet Vermögen z.B. Nettovermögen, da Schaden, - also Vermögensminderung - sowohl durch Verminderung der Aktiva, als auch durch Vermehrung der Passiva erlitten werden kann; vgl. OPTINGER I, S. 55. Dagegen kann Vermögen als Haftungssubstrat (z.B. nach OR 620.I oder SchKG 197) nur Bruttovermögen sein.

etwa StGB 137, 140, 141, 148) eine Bereicherungsabsicht voraus. Aus dieser Richtung darf daher einige Klärung erwartet werden.

Bei den Urkundendelikten (insbes. StGB 251, 254, 256) spricht das Gesetz von einer "Schädigung am Vermögen oder anderen Rechten". Diese Formulierung lässt darauf schließen, dass auch im Strafrecht unter Vermögen eine Summe von Rechten verstanden wird. Diese Auffassung entspricht dem von BINDING²⁶ entwickelten iuristischen Vermögensbegriff, der das Vermögen als eine "Summe aller Vermögensrechte und -pflichten" umschreibt. Nach BINDING ist im Strafrecht irrelevant, ob es sich um geldwerte Rechte handle oder nicht, da dieses Kriterium die strafrechtliche Beurteilung einer Vermögensverletzung beeinträchtigen würde²⁷. Dadurch wird allerdings die entscheidende Frage - welche Rechte zu den Vermögensrechten gehören - nicht beantwortet²⁸.

Da der iuristische Vermögensbegriff in der Folge für das Strafrecht als zu eng empfunden wurde, stellen Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz und in der BRD heute auf wirtschaftliche Gesichtspunkte ab, wobei unter Vermögen die "Summe aller geldwerten Güter" verstanden wird²⁹. Als Vorteile gegenüber dem iuristischen Vermögensbegriff nach BINDING, werden hauptsächlich die Miteinbeziehung des Besitzes und von Anwartschaften angeführt.

Indessen ist auch die wirtschaftliche Definition des Vermögens von Kritik nicht verschont geblieben; es wird dagegen hauptsächlich geltend gemacht, es werde dadurch die Durchsetzung wirtschaftlich zwar existierender, iuristisch

26. BINDING, Lehrbuch des gemeinen dt. Strafrechts, Bes. Teil 1, (2. Aufl., 1902), S. 238.

27. BINDING a.a.O., S. 239.

28. Vgl. die Kritik bei STRATENWERTH I, S. 231.

29. SCHWANDER, Schweizerisches Strafgesetzbuch (2. Auflage, Zürich 1964), S. 347, Nr. 561a; STRATENWERTH I, S. 231 f; JESCHEK, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil (2. Aufl. Berlin 1972) S. 35; BGE 74 IV 94.

aber nichtiger Ansprüche ermöglicht³⁰. Teile der deutschen Doktrin³¹ und STRATENWERTH (a.a.O.) in der Schweiz propagieren daher den sog. "iuristisch - wirtschaftlichen Vermögensberiff": Die Summe aller rechtlich geschützten Werte.

b. Steuerrecht

Die herrschende Lehre im Steuerrecht stützt sich auf den von BLUMENSTEIN geprägten Vermögensbegriff, der unter Vermögen als Steuerobjekt den Inbegriff der einer Person privatrechtlich zustehenden Sachen und geldwerten Rechte versteht³². Bei Sachen ist für die Zugehörigkeit zum Vermögen massgebend, dass sie im Eigentum der Person stehen, während unter geldwerten Rechten solche verstanden werden, die einen rechtlich realisierbaren Anspruch begründen³³. Es sollen aber nicht nur formal-zivilrechtliche Aspekte berücksichtigt werden, sondern auch unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten erörtert werden, ob der Steuerpflichtige die Stellung eines Eigentümers oder Gläubigers einnehme³⁴.

In Anlehnung an das Zivilrecht wird dieser Begriff teilweise dahingehend präzisiert, dass nicht die Sachen selbst, sondern nur die Rechte (daran) Vermögensbestandteile seien³⁵.

-
30. STRATENWERTH I, S. 233 f; Bsp.: Zwei Diebe haben Beuteteilung vereinbart; der eine prellt den andern um dessen Anteil. Der Anspruch auf den Erlös aus einem Verbrechen ist zwar nichtig (OR 20), besteht jedoch wirtschaftlich, da - so STRATENWERTH - die Betreibungsmethoden subkultureller Gruppen oft wirksamer sind, als jene der Rechtsordnung.
 31. Vgl. die Zit. bei STRATENWERTH I, S. 234.
 32. BLUMENSTEIN, System des Steuerrechts (3. Aufl. Zürich 1971), S. 140; vgl. auch H. MASSHART, Komm. zur eidg. Wehrsteuer, (Zürich 1972), N 1 zu Art. 27; BGE 80 I 373, 81 I 237.
 33. BLUMENSTEIN a.a.O.; nach O. BOSSHARDT, Die zürcherische Einkommens- und Vermögenssteuer (Zürich 1952), S. 173, beruht der Geldwert auf der Möglichkeit aus Veräusserung, Nutzung, Gebrauchsüberlassung und Erfüllung Geldmittel zu erlangen.
 34. BLUMENSTEIN a.a.O., S. 141; MASSHART a.a.O., N 2 zu WStB 27: Nach WStB 27.II wird das Vermögen demjenigen zugerechnet, der wie ein Eigentümer wirtschaftlich darüber verfügt (z.B. Nutzniesser).
 35. BOSSHARDT a.a.O., S. 172 f; vgl. auch KAEFER a.a.O., N 229.

c. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Auch im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht umfasst das Vermögen als Haftungsobjekt des Schuldners die in dessen Eigentum stehenden beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie Forderungen und Rechte gegenüber Dritten. Dies ergibt sich aus SchKG 91 in Verbindung mit SchKG 95, 98 und 106³⁶.

Im allgemeinen wird Vermögen im SchKG als Bruttovermögen verstanden; beim sog. "neuen Vermögen" i.S.v. SchKG 265.II handelt es sich dagegen um Nettovermögen³⁷.

d. Privatrecht

Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts definierte das Vermögen als die Gesamtheit der geldwerten Rechte einer Person³⁸.

Gegen diese Auffassung hat sich SOHM³⁹ gewendet: Geldwert sei für das Dasein eines Vermögensrechtes weder notwendig noch genügend, da es zweifellos Vermögensrechte ohne jeden wirtschaftlichen Wert gebe⁴⁰. Ebenso gebe es geldwerte Rechte, die nicht zum Vermögen gezählt werden könnten.

SOHM sieht das Wesen der zum Vermögen gehörenden Rechte darin, dass sie Gegenstand von Verfügungsgeschäften sind⁴¹ d.h., dass sie von den persönlichen Eigenschaften ihres Trägers unabhängig jederzeit erworben oder veräußert werden können⁴² oder zumindest durch ein Verfügungsgeschäft begründet worden sind⁴³. "Es sind die Rechte des

36. FRITZSCHE I, S. 166 ff.

37. FRITZSCHE II, S. 187.

38. Statt vieler: DERNBURG, Pandekten I, § 22.1, S. 49; WINDSCHEID/KIPP, § 42, N 1, S. 178; vgl. auch SOHM, S. 180, N 4 und BUCHLI, N 13.

39. SOHM, S. 180 ff.

40. Als Beispiele führt SOHM (a.a.O.) das Eigentum an einem wertlosen Papier oder das Forderungsrecht auf Leistung einer Haarlocke an.

41. SOHM, S. 184.

42. SOHM, S. 187.

43. SOHM, S. 190.

verfügungsgeschäftlichen Verkehrs und besitzen infolgedessen regelmässig Verkehrswert, d.h. Vermögenswert"⁴⁴.

Nach SOHM ist daher die Veräusserlichkeit (entweder des Rechtes selbst oder des Mutterrechts, von dem es abstammt) das Wesensmerkmal der Vermögensrechte.

Auch BEYERSDORFF⁴⁵ wendet sich entschieden gegen die Meinung des gemeinen Rechts; für ihn bedeutet Vermögen die Summe der einer Person zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse zustehenden Rechte. Im Gegensatz zu SOHM findet er die den Vermögensrechten charakteristischen Eigenschaften in ihrem Gebrauchswert⁴⁶.

ENNECERUS/NIPPERDEY⁴⁷ verneinen den Geldwert als Kriterium für die Vermögensrechte ebenfalls. Sie stellen sie den Familienrechten gegenüber, von denen sie sich dadurch unterscheiden, dass jenen ein besonderer sittlicher Zweck zugrunde liege. "Vermögensrechte sind die dinglichen Rechte, die Immaterialgüterrechte, die Forderungsrechte und das Erbrecht"⁴⁸.

Dagegen sieht VON TUHR⁴⁹ im Geldwert das entscheidende Moment für die Zugehörigkeit eines subjektiven Rechts zu den Vermögensrechten. Dieser Geldwert ergebe sich aus der Uebertragbarkeit und bzw. oder dem Nutzwert eines Rechtes. Daneben sind Vererblichkeit und die Eigenschaft Haftungssubstrat für Schulden zu sein, lediglich Indizien für die Vermögenszugehörigkeit und können im Einzelfall entfallen: "... einem g e l d w e r t e n Recht kann die eine oder andere für Vermögensrechte charakteristische Eigenschaft

44. SOHM a.a.O.; vgl. ähnlich bereits BEKKER, Pandekten I (Weimar 1886) § 41, S. 137: Vermögensrechte seien "die nach den Gebräuchen des gemeinen Verkehrs tauschbaren und darum geldwerten Rechte".

45. BEYERSDORFF, Die Uebernahme eines Vermögens nach deutschem bürgerlichem Recht (Göttingen 1911), S. 10.

46. BEYERSDORFF a.a.O., S. 11.

47. ENNECERUS/NIPPERDEY, § 78.II, S. 293 ff.

48. ENNECERUS/NIPPERDEY, § 79, S. 295.

49. VON TUHR, Allg. Teil BGB, § 18.I, S. 314 ff.

fehlen, ohne dass man sie deswegen aus dem Kreise der Vermögensrechte ausschliessen dürfte"⁵⁰.

Im einzelnen zählt VON TUHR das Eigentum und die sonstigen dinglichen Rechte, die Forderungsrechte (sofern sie auf eine geldwerte Leistung gehen), die Immaterialgüterrechte, Erbrechte vermögensrechtlicher Natur, den Anteil am Gesamthandvermögen und u.U. die Mitgliedschaft in einem Verein zu den Vermögensrechten. Ob das Vermögen nur Aktiva oder auch die darauf lastenden Passiva umfasse, sei von Fall zu Fall zu entscheiden⁵¹.

Ebenso gehören nach LARENZ⁵² nur, aber auch alle geldwerten Rechte zum Vermögen. "Grundsätzlich besteht das Vermögen einer Person aus der Gesamtheit der ihr jeweils zustehenden geldwerten Rechte"⁵³. Den Geldwert sieht LARENZ darin, dass das betreffende Recht unter normalen Verhältnissen nur gegen Geld erworben werden kann.

Nicht zum Vermögen rechnet LARENZ die darauf lastenden Passiven: "Das Vermögen im iuristischen Sinn ist Bruttovermögen, nicht Nettovermögen"⁵⁴. LARENZ sieht denn auch die Funktion des Vermögens primär als Haftungsobjekt.

Während BUEHLER⁵⁵ den Geldwert als Eigenschaft der Vermögensrechte zwar verlangt, aber das entscheidende Merkmal in der Uebertragbarkeit sieht, verneint BUCHLI⁵⁶ den Geldwert als Kriterium ganz und verlangt nur die Uebertragbarkeit, als das den Vermögensrechten eigene Merkmal, und zwar mit der von SOHM⁵⁷ übernommenen Begründung, es gebe auch Vermögensrechte, die keinen in Geld messbaren Wert hätten.

50. VON TUHR a.a.O., S. 316.

51. VON TUHR a.a.O., S. 325.

52. LARENZ, Allg. Teil d. bürgerl. Rechts, § 17, S. 262.

53. LARENZ a.a.O.

54. LARENZ a.a.O., S. 264.

55. BUEHLER, S. 4.

56. BUCHLI, S. 7 f.

57. Vgl. oben, S. 35 f.

Weniger präzise wird der Vermögensbegriff von MEIER-HAYOZ⁵⁸, VON TUHR/PETER⁵⁹ und HAAB/SIMONIUS/SCHAERRER⁶⁰ umschrieben: Nach diesen Autoren umfasst das Vermögen die Gesamtheit der einer Person zustehenden Rechte⁶¹. Eine gewisse Präzisierung des Begriffs wird dann durch Enumeration dieser Vermögensrechte zu erreichen versucht. Danach setzt sich das Vermögen aus dem Eigentum an Sachen und sonstigen dinglichen Rechten, aus Forderungsrechten, Immaterialgüterrechten und "andern Befugnissen" zusammen⁶².

Aehnlich dem iuristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriff im Strafrecht⁶³, umschreibt OFTINGER⁶⁴ das Vermögen für das Haftpflichtrecht, nämlich "als Inbegriff der wirtschaftlich bedeutsamen und messbaren Güter, an denen eine Person berechtigt ist".

B. BEREICHERUNGSRECHTLICHER VERMOEGENS- BEGRIFF IM BESONDEREN

1. Unterschiedliche Auffassung über den bereicherungsrechtlichen Vermögensbegriff in der Doktrin

In der Doktrin herrscht auch Uneinigkeit darüber, was Bestandteil des Vermögens im Bereicherungsrecht sein soll. Die Meinungsverschiedenheit betrifft insbesondere die Frage, ob eine wirtschaftliche oder eine rein iuristische Betrachtungsweise massgebend sei.

58. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 85.

59. VON TUHR/PETER, S. 85.

60. HAAB/SIMONIUS/SCHAERRER, Einleitung N 49.

61. MEIER-HAYOZ a.a.O.; vgl. die ebenso ungenaue Umschreibung bei VON TUHR/PETER a.a.O.: "Das Vermögen besteht aus Rechten jeglicher Art"; ebenso HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts (Bern 1977), S. 156: "Das Kindesvermögen umfasst alle dem Kind zustehenden vermögenswerten Rechte: Eigentum an Fahrnis und Grundstücken, beschränkte dingliche Rechte, Forderungen".

62. MEIER-HAYOZ a.a.O.; vgl. auch VON TUHR/PETER, S. 9, N 2.

63. Vgl. oben, S. 34.

64. OFTINGER I, S. 53.

Nach BECKER⁶⁵ besteht eine Vermögensvermehrung im Erwerb von Rechten und auch VON TUHR/PETER⁶⁶ sehen die Vergrößerung des Vermögens im Dazukommen neuer Rechte⁶⁷ oder in der Wertzunahme eines bestehenden Rechts. Diese Autoren verstehen das Vermögen im Bereicherungsrecht offenbar als die Gesamtheit (subjektiver) Rechte⁶⁸. Ebenso versteht MUNZ unter Vermögen im Bereicherungsrecht "die Gesamtheit der einer Person zustehenden subjektiven Rechte", da nur diese Gegenstand des geschäftlichen Verkehrs sein können⁶⁹. Nach OSER/SCHOENENBERGER sind Sachen, geldwerte Rechte und Dienste Vermögensbestandteile im Bereicherungsrecht⁷⁰.

Dagegen treten vor allem WITTMANN⁷¹ und WENNER⁷² für einen ökonomischen Vermögensbegriff ein⁷³: Nach dieser Auffassung bildet jeder wirtschaftliche Vorteil eine Bereicherung, was nach WENNER schon dann der Fall ist, wenn Vermögensteile in den faktischen Herrschaftsbereich einer Person kommen, "so dass dieser daraus ein wirtschaftlicher Nutzen irgendwelcher Art zufällt"⁷⁴. Weil der Bereicherungsbegriff von einem Sachbezug abstrahiere, hält BUCHER dafür, auf einen "funktionalisierten" Vermögensbegriff abzustellen und die einzelnen Positionen in ihrem wirtschaftlichen Wert einzusetzen⁷⁵.

Aehnlich meint auch LARENZ, dass der Begriff "Vermögen" im Bereicherungsrecht im wirtschaftlichen Sinne zu verstehen sei⁷⁶.

65. BECKER zu OR 62, N 2.

66. VON TUHR/PETER, S. 474.

67. Als Beispiel nennen VON TUHR/PETER (a.a.O.) Eigentum und Forderungen.

68. Vgl. auch HAINES, S. 35.

69. MUNZ, S. 31. Als zu diesen Rechten gehörend betrachtet MUNZ (a.a.O.) das Eigentum, die beschränkt dinglichen Rechte und Forderungen.

70. OSER/SCHOENENBERGER zu OR 62, N 3.

71. WITTMANN, S. 25 ff.

72. WENNER, S. 33 ff.

73. Ähnlich auch AEBLI, S. 14 und 21.

74. WENNER, S. 34; vgl. dagegen CARRY, S. 58.

75. BUCHER, OR Allg. Teil, S. 631.

76. LARENZ, Schuldrecht II, § 68.I, S. 464.

2. Bestandteile des bereicherungsrechtlichen Vermögens

Sowohl im wirtschaftlichen als auch im allgemeinen iuristischen Vermögensbegriff spielt der Begriff "Gut" eine zentrale Rolle: Wirtschaftlich betrachtet sind Güter selbst Gegenstand des Vermögens, iuristisch die Rechte daran⁷⁷. Andererseits ist zu erkennen, dass sich ein rein iuristischer Vermögensbegriff, der also nur Rechte umfasst, für das Bereicherungsrecht als zu eng erweisen muss, denn Gegenstand der Rückerstattung ist die ungerechtfertigte Vermögensvermehrung des Schuldners und zwar nicht nur ein Recht, sondern das ungerechtfertigt erlangte Gut selbst bzw. dessen Wert⁷⁸. Es liegt daher nahe, für die Beantwortung der Frage, welche Bestandteile das Vermögen im bereicherungsrechtlichen Sinne umfasst, vom Gutsbegriff auszugehen: Wirtschaftswissenschaftlich versteht man unter einem Gut ein Objekt, das "zur Befriedigung eines Bedürfnisses, oder allgemeiner: zur Verwirklichung eines Zweckes taugt"⁷⁹. Dabei kann es sich im allgemeinen um dingliche oder immaterielle Objekte handeln⁸⁰. Dagegen sind keine wirtschaftlichen Güter, die nicht seltenen (sog. freien) Güter⁸¹, die in reichlicher Menge für jedermann zur Verfügung stehen, so dass jeder seinen Bedarf vollständig decken kann. Diese Güter haben keinen Tauschwert und sind auch nicht Gegenstand des wirtschaftlichen Verkehrs, obwohl auch sie zur Bedürfnisbefriedigung geeignet sind. Voraussetzung für die Annahme eines wirtschaftlichen Gutes ist somit eine (relative) Seltenheit, bzw. Knappheit, die sich aus dem "Verhältnis zwischen Nachfrage und natürlicher Gegebenheit des Gutes"⁸² ergibt.

77. Oben, S. 30 f.

78. Vgl. VON TUHR/PETER, S. 500 ff; BUCHER a.a.O.

79. SCHLUEP, S. 311 und dortige Zit. Ähnlich versteht auch TROLLER (I, S. 48) unter Gütern, "die objektiv, d.h. jedem Menschen möglicherweise wahrnehmbaren Erscheinungen der empirisch fassbaren Welt, deren Genuss angestrebt wird". Vgl. auch JAEggi, ZSR 1960 II, S. 166a.

80. Umstritten; dazu SCHLUEP, S. 312/3.

81. SCHLUEP a.a.O. "Freie" Güter sind wohl vergleichbar mit den "res communes omnium" im röm. Recht (vgl. KASER, S. 79 f).

82. SCHLUEP, S. 312.

Wirtschaftliche Güter werden zum Zwecke der Bedürfnisbefriedigung begehrt: Man hat Interesse daran⁸³. Gegenstand dieses Interesses sind die Verwertungsmöglichkeiten, die Gebrauchs-, Tausch- oder Produktionsmöglichkeiten⁸⁴, d.h. der wirtschaftliche Nutzen des Gutes. Diese Verwertungsmöglichkeiten einerseits sowie die relative Seltenheit des Gutes andererseits bestimmen seinen wirtschaftlichen Wert, oder in anderen Worten, der wirtschaftliche Wert eines Gutes ergibt sich aus dem Prinzip von Angebot (relative Seltenheit) und Nachfrage (Interesse); es handelt sich um einen objektiven Wert⁸⁵. Ausser Betracht bleibt der subjektive Wert, der sich danach bestimmt, wieviel eine Person einem Gut infolge rein persönlicher, ausserhalb wirtschaftlicher Ueberlegungen stehender Hochschätzung oder Bedürfnissen zumisst (Affektionswert)⁸⁶. Ebenso sind höhere (geistige) oder ideelle Werte⁸⁷ eines Gutes hier ohne Bedeutung.

Der wirtschaftliche Wert eines Gutes wird in Geld ausgedrückt; Geld übt somit die Funktion wirtschaftlicher Wertbeschreibung aus⁸⁸. Man spricht daher bei wirtschaftlichen Gütern auch von geldwerten Gütern.

-
83. FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 162, bezeichnet als Interesse "den auf ein Gut gerichteten Willen".
84. Vgl. ORTH, S. 82 ff.
85. Vgl. BROCKHAUS-ENZYKLOPAEDIE, Bd. 20, S. 242 (Stichwort "Wert"). SCHLUEP, S. 315 f.
86. OFTINGER I, S. 258; VON TUHR/PETER, S. 119; ORTH, S. 80 f.
87. "Höhere" Werte sind ethische, moralische, ästhetische, religiöse, u.U. soziale etc. (SCHLUEP, S. 315). Ein Bild von Rembrandt z.B. ist Träger eines ästhetischen und eines wirtschaftlichen (Tausch-) Wertes. Nach SCHLUEP (a.a.O.) liegen dann verschiedene Güter vor, die sich in einem Wertträger (Objekt) niederschlagen. Vgl. auch ders., S. 318.
88. Dazu NEMELKA, S. 101, 103 (vgl. auch S. 35). Die Hauptfunktion des Geldes liegt darin, dass es als Recheneinheit Wertmassstab für ökonomische Güter ist. Vgl. auch BROCKHAUS-ENZYKLOPAEDIE, Bd. 7, S. 53 (Stichwort "Geld"); BRANDT, S. 239; STIER-SOMLO/ELFTER, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 6. Band (Berlin/Leipzig, 1929 (Stichwort "Vermögen"), S. 454. Nach MEIER-HAYOZ ergibt sich der Geldwert aus der Veräusserungsmöglichkeit (Syst. Teil, N 146).

Zum Vermögen eines Subjektes gehören diese Güter dann, wenn sie unter dessen Herrschaft stehen⁸⁹, d.h. wenn das betreffende Subjekt die Macht hat, über das betreffende Gut zu verfügen, es zu verwerten⁹⁰. Dem Subjekt muss m.a.W. die Möglichkeit gegeben sein, die diesem Gut immanenten Verwertungsmöglichkeiten⁹¹ zu realisieren, d.h. sein Interesse daran zu verwirklichen. Als Zwischenergebnis kann somit einstweilen festgehalten werden, dass das Vermögen eines Subjektes geldwerte Güter umfasst, die unter seiner Herrschaft stehen, die ihm die Möglichkeit verleihen, eben diesen Geldwert zu realisieren⁹².

Für die Beurteilung der Zugehörigkeit eines solchen Gutes zum Vermögen eines Subjekts stellt sich nun aber die Frage, ob eine rein faktische Herrschaft genügt oder ob es sich dabei um rechtliche (d.h. vom Recht anerkannte) Herrschaft handeln muss. Nach WENNER soll im Bereicherungsrecht bereits die faktische Herrschaft genügen, die einer Person irgend einen wirtschaftlichen Nutzen zukommen lässt⁹³. Diese Auffassung übersieht m.E., dass sämtliche, sich durch die Erscheinungen des täglichen Lebens oft zufällig ergebenden, tatsächlichen Herrschaftsverhältnisse kaum erfassbar sind und den Vermögensbereich eines Rechtssubjekts ins Uferlose ausdehnen würden. Man denke beispielsweise nur an einen Büroangestellten, der für einen Augenblick den Bleistift eines Kollegen benutzt. Ebenso müsste ein nicht verschlossenes, parkiertes Automobil, bei dem der Zündschlüssel steckt, zum Vermögen jedes beliebigen Passanten gehören, denn dieser hat ja die tatsächliche Herrschaft über das Fahrzeug, aufgrund der blossen Möglichkeit, dieses zu benutzen: Denn die blosse Nutzungs-

89. Dies setzt voraus, dass diese Güter beherrschbar sind; vgl. SCHLUEP, S. 312.

90. Vgl. VON TUHR, Allg. Teil BGB I, § 18.I, S. 313: "Vermögen ist wirtschaftliche Macht". Oben, S. 41.

91. Oben, S. 41.

92. Vgl. SCHLUEP, S. 317: "Interesse ist Werterlebnis an Gütern". FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 162.

93. WENNER, S. 34. Ähnlich definiert auch ORTH (S. 90), das Vermögen als die Gesamtheit der einer Person zustehenden Verwertungsmöglichkeiten. Vgl. dazu WILBURG, S. 103 ff.

Möglichkeit ist bereits eine ökonomisch wertvolle Position, und zwar infolge der latenten, realisierungsbedürftigen Möglichkeit, aus ihr eine Vermögensvermehrung zu erzielen; dies stellt indes noch keine bereicherungsrechtlich relevante Vermögensvermehrung dar⁹⁴.

Die rein faktische Herrschaft über ein Wirtschaftsgut kann daher nicht genügen, um es im bereicherungsrechtlichen Sinne zum Vermögen eines Subjektes zu zählen: Es bedarf der rechtlichen (Zu-)Ordnung⁹⁵, denn die Verteilung bzw. Vermögenszuweisung wirtschaftlicher, d.h. knapper Güter geschieht "durch die Rechtsordnung unter Verwirklichung des ethischen Wertes der Gerechtigkeit"⁹⁶. Auch in den Wirtschaftswissenschaften wird die Ansicht vertreten, dass nicht allein die faktische Herrschaft, sondern auch gerade die rechtlich gewährte Verfügungsmacht über ein werthafte Objekt, dieses zu einem wirtschaftlichen Gut macht⁹⁷. Denn die tatsächliche Verfügungsmacht darüber nützt niemandem, wenn sie nicht (rechts-) wirksam behauptet werden kann. Auch das Bereicherungsrecht kann nicht rein wirtschaftliche, nicht aber rechtlich anerkannte Positionen schützen.

Diese rechtliche Anerkennung, bzw. die Zuordnung eines Gutes zum Haben und Nutzen, d.h. seiner Verwertungsmöglichkeiten zu einem bestimmten Subjekt, wird durch die Gewährung eines subjektiven Rechts am betreffenden Gut vollzogen⁹⁸. So stellt ESSER fest: "Die Zuweisung von Gütern ist also gleichbedeutend mit der Gewährung von sogenannten subjektiven Rechten, nämlich der Bestimmungs-, Gestaltungs- und Durchsetzungsmöglichkeit über die zuge dachte Genusserlaubnis"⁹⁹. Solche, durch subjektives Recht

94. ROTH, S. 380; FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 99.II.1.c., S. 583; vgl. dazu auch STIER-SOMLO/ELFTER a.a.O.

95. Vgl. CARRY, S. 58; VON TUHR/PETER, S. 502.

96. SCHLUEP, S. 315; VON TUHR, Allg. Teil BGB I, § 1.I, S. 54.

97. Dazu BIEDENKOPF, S. 115 ff, insbes. S. 117.

98. RAISER, ZBJV 97, S. 129 f; SCHLUEP, S. 321.

99. ESSER, Einführung, S. 153; BIEDENKOPF a.a.O.

einer Person zugeordnete Güter, sind Rechtsgüter¹⁰⁰ oder Rechtsobjekte¹⁰¹.

Festgehalten werden kann daher, dass das Vermögen einer Person (eines Subjekts) alle wirtschaftlichen Güter umfasst, die ihr mittels subjektiven Rechts zum Haben und Nutzen zugewiesen sind - kurz, ihre geldwerten Rechtsgüter¹⁰². Bestandteile des Vermögens sind somit nicht nur Rechte, sondern Güter bzw. deren Wert. Indessen ordnen die Rechte die Herrschaft über diese Güter dem Subjekt zu¹⁰³, d.h. sie grenzen den Machtbereich einer Person gegenüber Dritten ab, um so die ungestörte Nutzung der Güter zu gewährleisten, mithin überhaupt zu ermöglichen und so den wirtschaftlichen Wert zu sichern. Mit dieser Feststellung erübrigt sich aber die Diskussion darüber, welche Rechte Vermögensrechte seien, insbesondere die Frage, ob auch Persönlichkeitsrechte Vermögensrechte sein könnten¹⁰⁴. Denn geldwerte Rechtsgüter können neben dem Geld selbst, nicht nur Sachen oder Immaterialgüter an denen eine Person berechtigt ist oder Forderungen sein, sondern durchaus auch Persönlichkeitsgüter, sofern sie Träger eines wirtschaftlichen Wertes sind. Zutreffend weist etwa SCHLUEP darauf hin, dass die Stimme der Callas oder die gute Figur eines Starmannequins Güter seien, die einen wirtschaftlichen Wert haben¹⁰⁵.

100. VON TUHR a.a.O.; RAISER, ZBJV 97, S. 120 f; JAEGGI, ZSR 1960 II, S. 167a; OFTINGER I, S. 53.

101. TROLLER I, S. 48; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 118. Nach SCHLUEP (S. 315/8) sind die Begriffe "Gut" und "Objekt" dahingehend zu unterscheiden, dass ein Gut nur Träger eines Wertes ist, während ein Objekt mehrere Werte (wirtschaftlich, ethisch, ästhetisch) trägt, d.h. aus einer Mehrzahl von Gütern besteht (vgl. auch oben, S. 41, N 87).

102. Vgl. die ähnlichen Definitionen bei STRATENWERTH I, S. 234, (iuristisch-wirtschaftlicher Vermögensbegriff) und bei OFTINGER I, S. 53.

Auch MEIER-HAYOZ (a.a.O. N 118), nennt die geldwerten Rechtsgüter "Vermögensgegenstände", was allerdings in gewissem Widerspruch zu N 85 steht (vgl. oben).

Vgl. auch SCHLUEP, S. 310, wonach "Gut" im Sprachgebrauch des Gesetzes, "Vermögenswert" bedeute.

103. Man nennt solche Rechte daher auch Herrschaftsrechte, dazu unten, S. 127 f. (Vgl. z.B. VON TUHR/PETER, S. 22)

104. Vgl. SCHLUEP, S. 352 ff.

105. SCHLUEP, S. 355.

Zusammenfassend kann nunmehr gesagt werden, dass sich das Vermögen einer Person aus den wirtschaftlichen, d.h. geldwerten Gütern - also knappen (seltenen) Gütern, die begehrt werden - zusammensetzt, die ihr durch ein subjektives Recht zum Haben und Nutzen zugeordnet sind.

3. Vermögensumfang

Funktion des Vermögens im Bereicherungsrecht ist es, eine Bereicherung als Differenz zweier Vermögensstände auszudrücken¹⁰⁶, d.h. als Differenz zweier vergleichbarer Grössen. M.a.W., das Vermögen, das wir bisher als Konglomerat verschiedener geldwerter Rechtsgüter einer Person beschrieben haben, muss als einheitliche Grösse definiert werden können¹⁰⁷. Es wurde bereits festgestellt, dass Geld die Funktion wirtschaftlicher Wertbeschreibung ausübt¹⁰⁸; der Geldwert, der zum Vermögen einer Person gehörenden Güter kann daher gleichsam als deren gemeinsamer Nenner bezeichnet werden¹⁰⁹. Durch Geld kann jeder beliebige (wirtschaftliche) Wert zahlenmässig abstrakt dargestellt werden, der für jeden gleich viel bedeutet¹¹⁰.

Vermögen einer Person im Bereicherungsrecht kann demnach mit dem Geldwert ausgedrückt werden, der sich aus der Addition aller Geldwerte, der dieser Person zugeordneten Rechtsgüter ergibt.

106. Bereicherung ist Vermögensvermehrung, oben, S. 27.
(Vgl. auch VON TUHR/PETER, S. 473; HAGEN, S. 871 ff.)

107. Das Vermögen ist eine Einheit;
BUCHER, Allg. Teil OR, S. 631, N 125.

108. Oben, S. 41.

109. So schon SAVIGNY: "Das individuelle Vermögen wird also dadurch in reine Quantität verwandelt, dass alle Bestandteile desselben in das Eigentum von Geldsummen aufgelöst werden."
(Obligationenrecht II, Berlin 1853, S. 376 f).
Vgl. BUSSY, S. 42 f, Nr. 46 und 49; MEIER-HAYOZ zu ZGB 641, N 97, wonach die ungerechtfertigte Bereicherung das Eigentum nicht der Substanz, sondern dem Geldwert nach schützt.

110. BRANDT, S. 239; vgl. auch JOERGES, S. 284.

Damit ist aber auch schon gesagt, dass es sich dabei um das Nettovermögen handelt¹¹¹. Denn Passiven, d.h. Verpflichtungen können wertmässig als negative Rechtsgüter oder m.a.W., als Rechtsgüter mit negativem Wert aufgefasst werden, sind doch auch sie dem Schuldner in gewissem Sinne von der Rechtsordnung - nicht zum Haben und Nutzen, sondern zwecks Erfüllung - zugewiesen¹¹². Mathematisch aber ergibt die Addition negativer Werte zu positiven Werten eine Subtraktion. Umschreibt man also Vermögen als Summe aller Geldwerte der einer Person zugeordneten Rechtsgüter, sind m.E. dabei auch die Verpflichtungen mitberücksichtigt.

111. Dazu schon oben, S. 32.

Dass Vermögen im Bereicherungsrecht Nettovermögen sein muss, erhellt daraus, dass eine Bereicherung auch durch Wegfall von Passiven eintreten kann; unten S. 61.

Aehnlich auch WENNER, S. 34 f; a.M. BUSSY, S. 42, Nr. 47.

112. Vgl. dazu HECK, S. 1: "Forderungsrecht oder Anspruch nennen wir das subjektive Recht einer Person, des Gläubigers, von einer andern, dem Schuldner, die Leistung zu verlangen. Diesem Recht entspricht auf Seiten des Schuldners eine Pflicht, die Verbindlichkeit". Ähnlich auch VON TUHR/PETER, S. 9, S. 15 f und S. 195.

§ 2. VERMÖGENSVERMEHRUNG

I. TERMINOLOGISCHES

Bereicherung ist Vermögensvermehrung¹¹³: Eine solche ist immer dann anzunehmen, wenn das Vermögen im eben umschriebenen Sinne vergrößert erscheint.

Zutreffend hat WENNER darauf hingewiesen, dass unter dem Begriff "Bereicherung" Verschiedenes verstanden werden kann¹¹⁴: Nämlich die Tätigkeit bzw. der Vorgang einer Vermögensvermehrung, sodann der Betrag der Vermögensvermehrung, also der Zuwachs zum Vermögen oder - auf die Person bezogen - jedes Erlangthaben eines Vermögensvorteils.

Es scheint jedoch eindeutig, dass unter "Bereicherung" als Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs, das "Gegenstück zum Schaden"¹¹⁵ verstanden werden soll, also das Ergebnis der Vergleichung zweier Vermögensstände: Danach besteht die Bereicherung in der Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand und dem Vermögensstand, der ohne das bereichernde Ereignis vorliegen würde¹¹⁶. Bereicherung ist somit der tatsächliche Vermögenszuwachs im Vermögen des Bereicherten¹¹⁷.

Zu betonen ist, dass jenen Autoren nicht zugestimmt werden kann, die die Auffassung vertreten, dass bereits der Be-

113. AEBLI, S. 14; BECKER zu OR 62, N 2; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 835; OSER/SCHOENENBERGER zu OR 62, N 3; VON TUHR/PETER, S. 472; WITTMANN, S. 25; BGE 71 II 96.
Ferner ESSER, § 100.I.1., S. 330 f, III., S. 342 f; LARENZ, Schuldrecht II, § 68, S. 464; STRATENWERTH I, S. 173/240; GERMANN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorbem. zu Art. 137 ff, S. 230. Vgl. oben, S. 27.

114. WENNER, S. 37 f.

115. VON TUHR/PETER, S. 472.

116. Vgl. VON TUHR/PETER, S. 473, und die entsprechende Definition des Schadens bei OPTINGER I, S. 54; HAGEN, S. 871.

117. OSER/SCHOENENBERGER zu OR 62, N 3; HAGEN a.a.O.

griff "Bereicherung" beinhalte, dass dadurch die Beziehung zu einem anderen Subjekt bzw. dessen Vermögen hergestellt werde. Es trifft m.E. nicht zu, dass eine Bereicherung - im Unterschied etwa zu Gewinn - die Beeinträchtigung eines andern Subjekts beinhalte, d.h. dass eine Bereicherung per definitionem auf Kosten eines andern gehe¹¹⁸. Ebenso wenig trifft es zu, dass eine Bereicherung immer Bestandteil einer Vermögensverschiebung sei, bzw. dass sich aus der Voraussetzung einer Vermögensverschiebung das Erfordernis des Vorliegens einer Entreicherung in einem andern Vermögen ergebe¹¹⁹. Bereicherung nach hier vertretener Auffassung ist jeder tatsächlich erlangte Vermögensvorteil, d.h. jede Vergrößerung des Geldwertes aller Rechtsgüter eines Subjekts - allgemein, jeder Geldvorteil. Somit aber ist auch das Resultat erfolgreicher wirtschaftlicher Tätigkeit, mithin auch ein Zufalls- oder Konjunkturgewinn durch eigene Güter¹²⁰, Bereicherung; m.a.W. "Bereicherung" und "Gewinn" sind synonyme Begriffe¹²¹.

Ob die so verstandene Bereicherung allerdings Gegenstand einer Erstattungsforderung ist, hängt von den weiteren Voraussetzungen des Bereicherungsanspruches ab, nämlich ob diese Bereicherung "aus dem Vermögen eines andern" stammt und (kumulativ!) ob sie ungerechtfertigt ist¹²².

118. VON FISCHER, S. 2; WITTMANN, S. 26; vgl. auch MOSER, S. 48; AMREIN, S. 25.

119. WENNER, S. 35 und 37; vgl. auch AEBLI, S. 14. Dagegen CARRY, S. 58: "Il est juste ... que le cas le plus fréquent d'enrichissement est celui d'un transfert qui s'effectue du patrimoine de l'appauvri dans celui de l'enrichi".

120. Vgl. M. WENNER, S. 43. Dabei widerspricht sich WENNER allerdings: Bereicherung ist nach ihm Bestandteil einer Vermögensverschiebung. Bei Konjunkturgewinnen kann aber nicht gesagt werden, dass sich etwas "verschoben" hätte. A.M. WITTMANN, S. 26. Vgl. aber auch BECKER zu OR 62, N 7.

121. Vgl. VON WYSS, S. 11; ferner ESSER, Schuldrecht II, § 101.III., S. 342 f.

122. Ebenso VON TUHR/PETER, S. 472 f.

II. BEREICHERUNGSTATBESTAENDE

Bereicherung wurde als Vermögensvermehrung umschrieben, d.h. als Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand des Bereicherten und jenem Vermögensstand, der ohne das bereichernde Ereignis vorliegen würde. Ist diese Differenz ein positiver Wert, liegt eine Bereicherung vor. Ähnlich wie Schaden, kann auch eine Bereicherung in doppelter Weise erfolgen: Durch tatsächliche Vermögensvergrößerung (lucrum emergens) oder durch Nichtverminderung des Vermögens (damnum cessans), sog. Ersparnisbereicherung¹²³.

A. BEREICHERUNG DURCH TATSAECHLICHE VERGROESSERUNG DES VERMOEGENS

1. Vergrößerung der Aktiven

Jeder Erwerb eines geldwerten Rechtsgutes vergrößert das betreffende Vermögen im umschriebenen Sinne und macht dessen Träger zum Bereicherten, sofern mit diesem Erwerb nicht eine entsprechende Ausgabe aus dem eigenen Vermögen verbunden ist. Dann nämlich decken sich Ausgabe und Einnahme, d.h. der Umfang des Vermögens bleibt der gleiche: Es liegt kein Vermögensvorteil vor¹²⁴.

123. Vgl. VON TUHR/PETER, S. 473 f; ESSER, Schuldrecht II, § 101.III., S. 342.

124. So ist z.B. ein Verkäufer natürlich nicht um den Kaufpreis der Ware bereichert - auch dann nicht, wenn der Preis der Ware deren Wert objektiv weit übersteigt (Ausnahme OR 21, bzw. allenfalls OR 23 ff). Denn nach der Willenseinigung der Parteien (dazu VON TUHR/PETER, § 24, S. 181 ff; vgl. auch OR 1.I), die hier allein massgebend sein muss (dieses beruht auf der Privatautonomie, dazu OTTINGER, "Ueber den Zusammenhang zwischen Privatrecht und Staat", in ausgewählte Abhandlungen (Zürich 1978), S. 5 ff), sollen sich die Leistungen der Parteien - subjektiv betrachtet - entsprechen. Insofern ist der wirtschaftliche Wert subjektbezogen (vgl. SCHLUEP, S. 314, oben, S. 86): Der Käufer kauft die Sache zu diesem Preis, weil sie ihm soviel wert ist. A.M. WENNER, S. 143.

a. Bereicherung durch Erwerb von Geld

aa. Vorbemerkungen zum Eigentum an Geld¹²⁵

Um Missverständnisse zum vorneherein auszuschliessen und die Bedeutung der Bereicherung durch Geld(-wert) verständlich zu machen, ist bereits hier auf einen Umstand hinzuweisen, der insbesondere zur Erläuterung der "Ungerechtfertigkeit" einer Bereicherung von Wichtigkeit sein wird, nämlich, dass der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung einen abstrakten Vermögenserwerb voraussetzt¹²⁶: Seit sich in der Schweiz die kausale Natur der Eigentumsübertragung (Tradition) durchgesetzt hat¹²⁷, ist daher eine Bereicherung infolge ungerechtfertigten Gelderwerbs der weitaus häufigste Gegenstand eines Bereicherungsanspruchs geworden, weil in den übrigen Fällen die Vindikation dessen Anwendung praktisch ausschliesst¹²⁸. Der Eigentumserwerb an einer geldwerten individualisierbaren Sache stellt zwar nach der hier vertretenen Auffassung einen Vermögenszuwachs und somit eine Bereicherung dar¹²⁹: Diesfalls aber ist entweder die Tradition gültig, die Bereicherung somit nicht ungerechtfertigt, oder aber die Tradition ist ungültig; dann aber ist das Eigentum überhaupt nicht auf den Erwerber übergegangen. Dieser hat so-

125. Siehe dazu die Diss. von P. NEMELKA, Eigentum an Geld, Zürich 1978.

126. VON TUHR, ZSR 40, S. 40 ff, 69; JANNER, S. 24; MUNZ, S. 35-37, 43; vgl. auch VON TUHR/PETER, S. 270 f und S. 502; BRANDT, S. 243 ff; LARENZ, Schuldrecht II, § 68, S. 464 f; ESSER, Schuldrecht II, § 100.II, S. 331; KAEHLER, S. 159. Unten, S. 198 f.

127. Grundlegend BGE 55 II 302 ff; ferner BGE 56 II 210; 65 II 65; 67 II 160; 72 II 240; 78 II 210; 93 II 375 f.

Dazu auch LIVER, S. 320 f; MEIER-HAYOZ; Syst. Teil N 42; SIMONIUS, S. 42 ff; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, S. 193, Nr. 863; MUNZ, S. 41 f; OFTINGER, Diss. S. 12 ff, A.M. VON TUHR, ZSR 40, S. 40 ff.

Anders das deutsche Recht, vgl. LARENZ, Allg. Teil BGB, § 18.II.d., S. 283 ff; ferner ZWEIGERT/KOETZ I, § 15, S. 213 ff, insbes. S. 219 f, S. 223 ff; ZWEIGERT/KOETZ II, S. 251 f.

128. Dies bestätigt ein Blick auf die Judikatur: So handeln die bei OFTINGER, Bundesgerichtspraxis, § 19, Nr. 85 ff, angeführten Fälle ausschliesslich von Bereicherung durch Geld.

Vgl. auch JANNER, S. 79; MUELLER, S. 7; MUNZ, S. 43; VON TUHR/PETER, S. 502; BRANDT, S. 238 ff.

129. Oben, S. 47 f.

mit nur faktische, nicht aber die rechtliche Herrschaft über die betreffende Sache erlangt und ist demzufolge um deren Wert überhaupt nicht bereichert: Die Sache kann vindiziert werden, da der ursprüngliche Eigentümer nach wie vor deren Eigentümer ist¹³⁰.

-
130. Ebenso BRANDT, S. 243 f; BUCHER, Allg. Teil OR, S. 599; MUNZ, S. 39 f; VON TUHR/PETER, S. 502; OFTINGER, Diss. S. 199 ff; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 863 f; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 207 f; MEIER-HAYOZ zu ZGB 641, N 39 ff, 440; STARK zu ZGB 940, N 32; SIMONIUS, S. 49. Vgl. dazu auch unten, S. 198 f. a.M. WENNER, S. 155 f.

Fraglich kann immerhin sein, ob eine ungerechtfertigte Bereicherung dann vorliege, wenn eine nicht vertretbare Sache mit gültigem Grund übertragen worden ist, der sich aber nachträglich nicht verwirklicht hat (wenn z.B. etwas im Hinblick auf eine Heirat geschenkt wurde, die dann nicht stattfindet) oder der Grund nachträglich wegfällt, z.B. bei Auflösung eines Vertrages infolge Willensmangel oder Rücktritt). Denkbar sind zwei Lösungen:

Erstens, man nimmt an, die Eigentumsübertragung sei (stillschweigend) aufschiebend bedingt erfolgt. Diesfalls würde keine Bereicherung vorliegen, weil das Eigentum infolge Nichteintritts der Bedingung nicht übergegangen ist, bzw. weil mit der Auflösung des Vertrages auch der Erwerbsgrund der Eigentumsübertragung wegfällt. Dies entspricht der heutigen Auffassung bei Auflösung von Verträgen (ex tunc) infolge Willensmangel (OR 31). Dazu OFTINGER, Bundesgerichtspraxis, Nr. 40 und Nr. 85a.bb. (BGE 87 II 137 ff); VON TUHR/PETER, S. 334 ff; SOMONIUS, S. 48 ff.

Dagegen vertrat OFTINGER (zweitens) früher, Diss. S. 123 f, die Meinung, das Eigentum sei (unbedingt) übergegangen, d.h. das Schuldverhältnis werde zwar ex tunc aufgehoben, nicht aber die dingliche Gültigkeit der Leistungen. Der Rückforderungsanspruch sei demzufolge eine Kondiktion.

Letztere Ansicht wird heute allgemein bei der Liquidation eines Vertrages, der infolge Rücktritts (OR 107 II, 109) ex tunc aufgehoben wurde, vertreten. VON TUHR/ESCHER, S. 155 ff; JANNER, S. 64 ff; insbes. S. 67; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 205, 273; OSER/SCHOENENBERGER zu OR 109, N 4; widersprüchlich dagegen BECKER zu OR 109, N 2/5. Auch das BGer bejaht bei Rücktritt eines Vertrages für die bereits erbrachten Leistungen einen Bereicherungsanspruch, allerdings mit der Verjährungsfrist gem. OR 127: BGE 60 II 28; 61 II 256; 63 II 258. A.M. SIMONIUS, S. 53 f. Nach GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI (Nr. 925 und dortige Zit.), führt ein Rücktritt vom Vertrag gem. OR 107.II zu einer inhaltlichen Umgestaltung desselben: Für bereits geleistetes sollen vertragliche Rückleistungspflichten entstehen, durch deren Erfüllung der vorvertragliche Zustand (ex tunc) wieder hergestellt wird. So auch LARENZ, Schuldrecht I, § 26, S. 327 ff; BIEDERMANN, Der Rücktritt vom zweiseitigen Verträge wegen Schuldnerverzuges nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Leipzig, S. 100 ff; GAUCH, System der Beendigung von Dauerschuldverträgen, Diss. Freiburg 1968, S. 207 ff.

Dagegen entsteht infolge Vermengung bei Gelderwerb regelmässig abstrakt eine Vermögensvermehrung¹³¹. Dabei muss allerdings beachtet werden, dass die direkte Anwendung von ZBG 727 nicht möglich ist: Abs. 1 ist schon aufgrund des Wortlautes auszuschliessen¹³², während Abs. 2 deswegen nicht anwendbar ist, weil durch die Vermengung von Geld kein von einem Hauptbestandteil unterscheidbarer neben-sächlicher Bestandteil entsteht¹³³. Doktrin und Praxis nehmen daher in diesem Spezialfall von Vermengung gleichartiger bzw. gleichwertiger beweglicher und vertretbarer Sachen eine Lücke des Gesetzes an¹³⁴, die das BGer mit der gemeinrechtlichen Regel schliesst, nach der Geld, welches in fremden Besitz gerät und mit dem des Besitzers ununterscheidbar vermischt ist - als konsumiert - dessen Eigentum wird¹³⁵.

Dieser Lösung ist grundsätzlich zuzustimmen. Die charakteristische Eigenschaft des Geldes ist eine funktionelle: Nämlich Tauschmittel bzw. wirtschaftlicher Wertmesser als Recheneinheit zu sein¹³⁶. Die Sacheigenschaft von Münzen

131. BRANDT, S. 240; JANNER, S. 78 f; KAEHLER, S. 21 f; VON TUHR/PETER, S. 495. Auszunehmen sind die Fälle, in denen die Geldzeichen, infolge äusserer Umstände - z.B. anhand von Nummern oder wenn eine Geldsumme speziell ausgesondert aufbewahrt wird - identifiziert werden können. JANNER, S. 80 f; BGE 64 II 189. Ferner SAVIGNY V, S. 514 ("Da wo dem Empfänger kein Eigentum des Geldes verschafft wird, entsteht auch keine condiction").

132. NEMELKA, S. 132; STARK zu ZGB 935, N 7. Die Geldstücke könnten ohne Schwierigkeiten getrennt werden. Zudem würde sich Miteigentum, das nach ZGB 727.I entstehen würde, hemmend auf den Verkehr auswirken.

133. NEMELKA, S. 133; vgl. auch MEIER-HAYOZ zu ZGB 642, N 31.

134. NEMELKA, S. 134; LIVER, S. 384 f; STARK a.a.O.; vgl. auch JANNER, S. 79 f.

135. BGE 47 II 271; 78 II 254; vgl. auch ZR 40, Nr. 27, S. 75. Zustimmend STARK a.a.O., mit Hinweis auf die Unmöglichkeit der Identifizierung vermengten Geldes. Ablehnend zu dieser Rechtsprechung LIVER, S. 385, der eine analoge Anwendung von ZGB 727.II in Verb. mit OR 484 (Sammelagergeschäft) für richtig hält. Zum Ganzen ausführlich NEMELKA, S. 129 ff; KASER, AcP 129, S. 1 ff; ferner P. GROSHEINTZ, Die Vermischung von Geld und andern vertretbaren Sachen, Diss. Basel 1937 (insbes. S. 186 ff). Da der Erwerber von Geld fast immer durch Vermengung Eigentümer wird, ist ZGB 935 praktisch ohne Bedeutung; STARK a.a.O.

136. Oben, S. 45; NEMELKA, S. 103.

oder Geldnoten ist dabei nebensächlich: "Die Sache Geld interessiert niemanden."¹³⁷ M.a. W. der Eigentümer von Geld hat nur Interesse an seiner Funktion, nicht aber an diesem selbst. Eine eigentliche Beziehung Eigentümer - Sache¹³⁸ besteht dabei nicht: Die Geldstücke oder Geldscheine können beliebig untereinander vertauscht werden, wenn nur die Summe, der Wert, gleich bleibt. Wem Geld abhanden kommt, will nicht die konkreten Geldzeichen, sondern den entsprechenden Wert - ausgedrückt in einer abstrakten Summe - wiederhaben¹³⁹. Infolge dieser "gesteigerten Vertretbarkeit"¹⁴⁰ des Geldes einerseits, Beweisschwierigkeiten, Verkehrssicherheit sowie Umlaufbedürftigkeit andererseits, scheint es angebracht, im Falle von Vermengung, Alleineigentum des jeweiligen Besitzers anzunehmen. Dabei ist allerdings fragwürdig, ob man bei Geld überhaupt von Eigentum sprechen will, denn es ist nicht die Sache, - und nur an solchen kann Eigentum erlangt werden¹⁴¹ - sondern nur deren Wert, der interessiert. BRANDT und ihm folgend NEMELKA schlagen daher vor, bei Geld nicht Eigentum, sondern "eine besondere Kategorie der Zugehörigkeit eines Geldwertes zu einem bestimmten Vermögen, also ein Wertrecht an Münzen und Noten anzunehmen"¹⁴², das allerdings dem Eigentumsrecht verwandt ist¹⁴³.

Die Frage, ob es sich bei dem Recht, das durch Vermengung von Geld an diesem erlangt wird, um Eigentum oder aber ein besonderes Wertrecht im Sinne BRANDT's bzw. NEMELKA's handelt, kann hier offen bleiben. Fest steht, dass dieses Recht das betreffende Geld dem jeweiligen Besitzer zuord-

137. NEMELKA, S. 169.

138. Diese besteht meist in einer ästhetischen Wertschätzung (vgl. oben), die aber an Geld, als rein ökonomischem Gut nicht besteht, mit Ausnahme etwa bei Numismatikern (der Satz "money has no earmark" gilt also nicht uneingeschränkt. Dazu auch NEMELKA, S. 127).

139. BRANDT, S. 240.

140. NEMELKA, S. 122 ff; BRANDT a.a.O.

141. MEIER-HAYOZ zu ZGB 641, N 7.

142. BRANDT, S. 240 f; NEMELKA, S. 174 ff. Dazu auch WIEACKER, System des deutschen Vermögensrechts (Leipzig 1941), S. 47; JANNER, S. 81; KAEHLER, S. 21 f.

143. NEMELKA, S. 175. ZGB 714 ff sollen "grundsätzlich analog" anwendbar sein (S. 176).

net¹⁴⁴, woraus erhellt, dass jeder Gelderwerb einen Ver-
mögensvorteil und somit eine Bereicherung darstellt¹⁴⁵,
 sofern damit nicht eine entsprechende Ausgabe aus dem
 eigenen Vermögen verbunden ist.

bb. Ursachen von Bereicherung durch Gelderwerb

Eine Bereicherung durch Gelderwerb kann auf den verschiede-
 nen Ursachen beruhen:

aaa. In Frage kommt einmal jede Geldzuwendung
 eines andern, der keine Gegenleistung bzw. Ausgabe aus dem
 eigenen Vermögen entspricht. Macht z.B. A dem B ein Geld-
 geschenk, so ist dieser um den Betrag dieser Summe berei-
 chert. Ebenso ist bereichert, wem (fälschlicherweise) Geld
 auf seinem Konto gutgeschrieben wird oder wer Geld von
 einem Schuldner zur Erfüllung eines Vertrages erhalten hat,
 der nie entstanden ist oder nachträglich dahinfällt¹⁴⁶.

144. NEMELKA (a.a.O.) sieht den Inhalt des Wertrechts in der "Macht
 zur Zahlung". Dagegen schießt es m.E. über das Ziel hinaus, wenn
 NEMELKA (S. 178) dieses Wertrecht bei Vermengung von Geld durch
 einen andern nicht untergehen lassen will, weil der Geldwert da-
 durch nicht unerkennbar werde; d.h. m.a.W., Tradition von Geld
 wäre kausaler Natur. Demzufolge will NEMELKA (S. 179 ff; vgl.
 auch S. 142 ff) bei fehlerhafter Geldtradition (d.h. Vermengung)
 dem Betroffenen eine "Geldwertvindikation" gestatten. "Diese
 muss solange geltend gemacht werden können, als der in Frage ste-
 hende Geldbetrag nicht durch den Vindikationsbeklagten ohne Er-
 sparnis anderer Gelder ausgegeben worden ist." Ein so verstandenes
 Wertrecht an Geld läuft der gesteigerten Vertretbarkeit des Gel-
 des zuwider.

Zutreffend sagt dagegen BRANDT (S. 241): "Weil es auf den einzel-
 nen Geldschein oder das einzelne Geldstück nicht in seiner indi-
 viduellen Beschaffenheit ankommt, gibt das Recht nicht die Eigen-
 tums- sondern die Bereicherungsklage. Das war so im römischen
 Recht und nach dem preussischen ALR, und ist so nach dem Code
 Civil, dem ABGB und dem englischen Recht". (Vgl. dazu auch
 LIVER, S. 384). In diesem Sinne ist WILBURG zuzustimmen, wenn er
 (S. 29) bemerkt, dass das ursprüngliche Eigentum im Bereiche-
 rungsanspruch "in schuldenrechtlicher Gestalt fortlebt und zur
 Wertbefriedigung führt". Auch nach MEIER-HAYOZ (zu ZGB 641, N 97)
 schützt der Bereicherungsanspruch das Eigentum nicht der Sub-
 stanz, sondern dem Geldwert nach. SIMONIUS, S. 64.

145. Oben, S. 48; JANNER, S. 78 ff; ZR 40, Nr. 27, S. 75.

Ferner KAEHLER, S. 22; VON TUHR/PETER, S. 495.

146. BGE 87.II 137 ff; Erw. 7.a; 83 II 23 ff; vgl. auch 85 IV 101.

bbb. Im weiteren liegt eine Bereicherung in der (Geld-)Wertsteigerung oder Nutzung eigener Rechtsgüter. So bedeutet die Wertzunahme eines Grundstücks (z.B. durch Bebauung, BGE 99 II 139 ff) oder von Aktien eine Bereicherung für deren Eigentümer, ebenso wie die Mietzinseinnahmen eines Hauses oder der Ertrag aus Kapital¹⁴⁷ sowie die Verstärkung oder Wertvermehrung von geldwerten Rechten¹⁴⁸. Sodann führt jede wirtschaftlich erfolgreiche, d.h. gewinnbringende Tätigkeit zur Bereicherung.

ccc. Insbesondere entsteht eine Bereicherung durch Aneignung von fremdem Geld¹⁴⁹: So beispielsweise bei allen Vermögensdelikten (StGB 137 ff), wenn jemand Geld stiehlt, veruntreut, unterschlägt oder gewinnbringend Betrug begeht¹⁵⁰.

ddd. Möglich ist auch, dass eine Bereicherung durch Geld infolge Nutzung, Benutzung, Ausnutzung bzw. Verwertung von Gütern erzielt wird, die nicht zum Vermögen des Bereicherten gehören, sei es, weil sie einem fremden Vermögen angehören, sei es, weil es sich dabei um reine Wirtschaftsgüter, also rein wirtschaftliche Tatsachen oder Erscheinungen handelt, an denen ein subjektives Recht überhaupt nicht erworben werden kann¹⁵¹.

So kann jemand dadurch bereichert sein, dass er unter dem Schutze des Rechtscheins (ZGB 930) eine fremde Sache einem

147. Vgl. VON TUHR/PETER; S. 501.

148. BECKER zu OR 62, N 3; OSER/SCHOENENBERGER zu OR 62, N 4; VON TUHR/PETER, S. 474; WENNER, S. 40; WITTMANN, S. 28 f. Als Beispiel ist etwa die Verstärkung einer Forderung durch Pfandbestellung zu nennen, oder eine Hypothek, die im Range nachrückt.

149. ZR 40, Nr. 27, S. 75.

150. Dies erhellt auch daraus, dass viele Vermögensdelikte eine Bereicherungsabsicht voraussetzen; dazu STRATENWERTH I, S. 172 f. Ferner BGE 94 IV 138; 98 IV 22 ff.

151. Der Unternehmer, die Kundschaft oder der Goodwill eines Geschäftes sind zwar Immaterialgüter, an denen aber die Rechtsordnung kein subjektives Recht verleiht, TROLLER I, S. 124 f.

Gutgläubigen verkauft (vgl. ZGB 933)¹⁵², bzw. eine solche nutzt¹⁵³ oder eine fremde Forderung einkassiert¹⁵⁴.

Ebenso führt die Verwertung eines fremden, urheberrechtlich geschützten Werkes¹⁵⁵ sowie die Benutzung einer fremden Marke oder patentierten Erfindung zur Bereicherung¹⁵⁶. Aber auch Beziehungen zu Kundschaft oder der Goodwill eines Geschäfts sind wirtschaftliche Tatsachen, die sich gewinnbringend nutzen lassen. Obwohl diese Güter selbst nicht zum Vermögen des Bereicherten gehören¹⁵⁷, gewähren sie ihrem Benützer doch regelmässig geldwerte Vorteile, die sich als Gewinn (abstrakt in Geld ausgedrückt), d.h. - mittelbar - als Bereicherung auswirken, weshalb sie vom BGer gelegentlich als "Gewinnchancen" bezeichnet werden (vgl. etwa BGE 80 I 374). Allgemein handelt es sich dabei um Güter, "die zwar nicht zum Vermögen gehören, aber sich in Vermögenswerte umrechnen, d.h. in Geldwert ausdrücken lassen"¹⁵⁸.

152. VON TUHR/PETER, S. 495 und S. 503; vgl. auch BGE 71 II 96.
In solchen Fällen ist der Verkäufer um den Kaufpreis bereichert während der Käufer aufgrund eines gültigen Kaufvertrages erwirbt und als entsprechende Ausgabe aus einem Vermögen den Kaufpreis geleistet hat.
153. So wenn z.B. jemand eine fremde Wohnung vermietet. JANNER, S. 77; vgl. auch VON BUEREN, OR allg. Teil, S. 309; VON TUHR/PETER, S. 494 f.
154. Z.B. ist bei OR 167 der Zedent bereichert. Ebenso VON TUHR/PETER, S. 495, 503.
155. Denkbar ist die (unbefugte) Aufführung eines geschützten Musikwerkes oder die (unbefugte) Veröffentlichung eines Werkes der Literatur (vgl. URG 1 ff; 12 ff).
156. Dazu auch TROLLER I, S. 76 ff.
157. A.M. WENNER, S. 41 f, da nach ihm die faktische Herrschaft über ein Gut genügen soll, damit es einem Vermögen zugeordnet werden kann (S. 34; dazu oben, S. 42 f). Zu dem bereits oben Gesagten muss hier noch beigefügt werden, dass m.E. nicht von "Herrschaft" - auch nicht von faktischer - über Kundschaft gesprochen werden kann. Diese kann lediglich, beispielsweise durch Werbung, beeinflusst werden. Zudem stellen Kundschaft und Goodwill selbst keine Bereicherung dar, sondern erst der aus diesen bzw. durch diese erzielte Gewinn, denn sie sind zunächst nichts anderes als wirtschaftliche Chancen, die - solange sie nicht mit Erfolg realisiert werden - keinen in Geld messbaren Wert haben. Dazu auch BIEDENKOPF, S. 127; ähnlich auch VON TUHR, Allg. Teil, BGB I, § 18.II, S. 319 f; KAEFER zu OR 957, N 215.
158. STIER-SOMLO/ELFTER, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 6. Band (Berlin/Leipzig 1929), Stichwort "Vermögen", S. 454.

c. Bereicherung durch Erwerb sonstiger geldwerter Rechtsgüter

Immer unter der Voraussetzung, dass damit keine entsprechende Ausgabe aus dem eigenen Vermögen verbunden ist¹⁵⁹, führt jeder Erwerb eines geldwerten Rechtsgutes zu einer Bereicherung, beispielsweise der Erwerb einer Sache zu Eigentum. Dazu muss allerdings bemerkt werden, dass es sich dabei um originären Eigentumserwerb handeln muss, wenn er bereicherungsrechtlich von Bedeutung sein soll, da die kausale Natur der Tradition - wie oben festgestellt¹⁶⁰ - einen Bereicherungsanspruch in den übrigen Fällen ausschliesst¹⁶¹. In Frage kommt in erster Linie Eigentumserwerb durch Verarbeitung, Verbindung, Vermischung oder Vermengung (ZGB 726 f)¹⁶² - insbesondere vertretbarer Sachen¹⁶³ - sowie durch Einbau bei Grundeigentum (ZGB 671 ff)¹⁶⁴, vor allem also Fälle von Akzession¹⁶⁵.

Ferner macht auch der Erwerb eines geldwerten Anspruchs oder eines beschränkt dinglichen Rechts dessen Erwerber zum Bereicherten¹⁶⁶, ebenso wie der Erwerb eines durch

159. Oben, S. 49.

160. Oben, S. 50 f.

161. Eine bereicherungsrechtlich relevante Bereicherung kann aber dann eintreten, wenn die ursprüngliche individuelle bestimmbare Sache untergeht und an deren Stelle ein Geldwert als Surrogat tritt. BRANDT, S. 244; VON TUHR/PETER, S. 503 f; MUNZ, S. 43.

162. BRANDT, S. 244; JANNER, S. 78 f; VON TUHR/PETER, S. 494 f, BGE 84 II 377.

163. Dazu MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 100.

164. Grundlegend dazu BGE 99 II 131 ff, insbes. Erw. 3/4c. Baut z.B. jemand ein fremdes Kunstwerk - etwa eine Statue - untrennbar in sein Haus ein, so ist er um die Wertsteigerung, die das Haus dadurch erfährt, bereichert. Dazu LIVER, S. 172 ff; MEIER-HAYOZ zu ZGB 672; VON TUHR/PETER, S. 494, N 125; BGE 99 II 146. Aber auch der Anspruch bei möglicher Trennung auf Rückgabe ist ein Bereicherungsanspruch, da die Sache durch Akzession Bestandteil des Bauwerkes geworden ist. LIVER, S. 173; MEIER-HAYOZ zu ZGB 671, N 16 und 19 f.

165. Dazu LIVER, S. 165 ff und 370 ff; MEIER-HAYOZ zu ZGB 642, N 35; KELLMANN, S. 118 ff.

166. Ebenso WENNER, S 39; VON TUHR/PETER, S. 474.

subjektives Recht geschützten und ihm zugewiesenen Immaterialgutes¹⁶⁷.

c. Bereicherung durch Besitz

Umstritten ist, ob auch der Erwerb des Besitzes an einer Sache eine Bereicherung darstelle. WENNER bejaht dies, da Besitz eine "ökonomisch wertvolle Rechtsposition" sei¹⁶⁸. Andere sehen den Besitzerwerb vorwiegend deshalb als Bereicherung an, weil er "als Voraussetzung zum Erwerb dinglicher Rechte ein rechtliches Gut und daher einen Vermögenswert" darstelle¹⁶⁹.

Andererseits aber wird in BGE 84 II 377 ausgeführt, dass die Rückerstattungspflicht des unrechtmässigen Besitzers nicht durch OR 62 ff geregelt werde, sondern durch ZGB 938 ff, wenn mit dem Besitz nicht auch das Eigentum auf diesen übergegangen sei. Ebenso sagen VON TUHR/PETER, dass die Bereicherungsklage - im Gegensatz zur Vindikation, die der Wiederverschaffung des Besitzes diene - zur Wiederverschaffung des Eigentums führe¹⁷⁰. Diese Ansicht vertritt auch STARK: Eine Bereicherungsklage sei ausgeschlossen, wenn eine Vindikation zur Verfügung stehe, da dann der unberechtigte Besitzer überhaupt nicht bereichert sei¹⁷¹. Im gleichen Sinne äussern sich auch MEIER-HAYOZ¹⁷² und MUNZ¹⁷³.

167. Eine ungerechtfertigte Bereicherung kann daraus dann entstehen, wenn das Recht an einem Immaterialgut fälschlicherweise erteilt wurde, z.B. bei Doppelpatentierung oder wenn eine Marke nicht für deren Erstbenützer eingetragen wurde - allgemein in Fällen der Nichtigkeit des Rechts. Dazu TROLLER II, S. 823 ff, insbes. S. 825 ff, 839, 842; SCHLUEP, S. 172; vgl. auch WENNER, S. 41.

168. WENNER, S. 40 f; vgl. auch S. 155 f.

169. BECKER zu OR 62, N 2. Ebenso oder ähnlich: AEBLI, S. 14 f; BUSSY, S. 50, Nr. 63 ff; OSER/SCHOENENBERGER zu OR 62, N 5.

170. VON TUHR/PETER, S. 513; vgl. auch S. 521; OFTINGER, Diss., S. 132 und S. 119 f.

171. STARK zu ZGB 940, N 32.

172. MEYER-HAYOZ zu ZGB 641, N 39 ff, 44a; vgl. auch N 97: Der Bereicherungsanspruch diene nicht dem Schutze der Substanz des Eigentums, sondern nur von dessen Geldwert.

173. MUNZ, S. 39 f.

Letzterer Meinung ist zuzustimmen. Auszugehen ist von der Erkenntnis, dass im vorliegenden Zusammenhang nur der unselbständige Besitz (ZGB 920.II) interessiert, wenn also der Besitzer nicht auch gleichzeitig Eigentümer der Sache ist. Oben wurde festgehalten, dass ein Gut dem Vermögen angehört, dem es von der Rechtsordnung durch ein subjektives Recht zugeordnet ist¹⁷⁴. Da das Eigentum dem Berechtigten das umfassendste dingliche Recht an einer Sache, d.h. die grundsätzlich umfassende rechtlich anerkannte Herrschaft darüber einräumt¹⁷⁵, kann nicht zweifelhaft sein, dass eine Sache dem Vermögen desjenigen angehört, der das Eigentum daran hat. Dieses berechtigt im Rahmen der Sachherrschaft auch zum Besitz¹⁷⁶.

Der unselbständige Besitzer hat dagegen über die betreffende Sache nur die tatsächliche Herrschaft¹⁷⁷, während das Eigentum dem ursprünglichen Eigentümer bleibt, m.a.W., das betreffende Gut bleibt dessen Vermögen zugeordnet. Stiehlt z.B. A dem B ein Bild, so erlangt er zwar den Besitz daran. Infolge der kausalen Natur der Tradition¹⁷⁸ aber, geht das Eigentum nicht auf ihn über, d.h. das Bild bleibt im Vermögen des B, und A ist um dessen Wert nicht bereichert¹⁷⁹.

In den meisten Fällen beruht der unselbständige Besitz allerdings auf einem beschränkt-dinglichen oder obligatorischen Recht. Aber auch dann verbleibt das Objekt selbst im Vermögen des Eigentümers. Denn durch solche Berechtigungen wird dessen Recht lediglich in dem Sinne belastet bzw. beschränkt, dass dem daraus Berechtigten - mit dem Willen des Eigentümers - einzelne Herrschaftsbefugnisse

174. Oben, S. 43.

175. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 183; LIVER, S. 16; oben, S. 42.

176. HINDERLING, S. 405.

177. Dazu HINDERLING, S. 413 ff; STARK zu ZGB 919, N 1 ff.

178. Oben, S. 50 f.

179. Vgl. auch CARRY, S. 58 "... une valeur n'est effectivement transférée que si l'ordre juridique reconnaît ce transfert; autrement dit, un transfert purement matériel ne suffit pas; encore faut-il qu'il existe juridiquement". LARENZ. Allg. Teil BGB, § 17, S. 264.

gewährt werden¹⁸⁰, nicht aber das betreffende Gut als Ganzes dessen Vermögen zugewiesen¹⁸¹. So gehört z.B. eine vermietete Wohnung nach wie vor zum Vermögen des Vermieters und nicht zu dem des Mieters oder eine verpfändete Sache verbleibt im Vermögen des Pfandschuldners¹⁸².

Dagegen kann durch Besitz eine Bereicherung im Umfange der daraus realisierten Nutzung eintreten. Beruht der Besitz auf einem Recht zum Besitz, so ist der Berechtigte nicht um den Wert der Sache selbst bereichert (da diese im Vermögen des Eigentümers bleibt), sondern allenfalls um den Wert der eingeräumten Herrschaftsbefugnisse¹⁸³. Ebenso ist der Bilderdieb nicht um den Wert der Bilder bereichert¹⁸⁴; benutzt er diese aber für eine Ausstellung, so ist er um soviel bereichert, wie er dem Eigentümer für die Miete dafür hätte zahlen müssen oder allenfalls um den aus der Ausstellung realisierten Verdienst.

Eine in jemandes Besitz stehende Sache hat somit bereicherungsrechtlich die gleiche Bedeutung wie die oben erwähnten "reinen" Wirtschaftsgüter: Sie stellt selbst keine Bereicherung dar, sondern nur der aus ihr, kraft der faktischen Herrschaft darüber tatsächlich realisierte Gewinn¹⁸⁵.

180. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 143; PIOTET, S. 521 ff.

181. Denn Besitz selbst ist kein subjektives Recht, "sondern eine durch die rechtliche Verhältnisse bestimmte Tatsache, aus der sich je nach diesen rechtlichen Verhältnissen verschiedene rechtliche Folgen ergeben". STARK zu ZGB 919, N 20; OFTINGER, Diss. S. 119. Ähnlich auch WILBURG, S. 38 f.

182. Dabei handelt es sich nun um Verfügung über den Besitz, nicht über das Eigentum. VON TUHR/PETER, S. 195.

183. Der Nutzniesser einer Sache ist nicht um die Sache selbst bereichert, sondern allenfalls nur um den Wert der gezogenen Nutzungen. Dies erhellt insbesondere aus ZGB 751/2, 759 ff; vgl. auch ZGB 889/890. Ähnlich auch LARENZ a.a.O. Dagegen VON TUHR, Allg. Teil BGB I, § 18, S. 316, N 15.

184. Oben bei N 178.

Anders das deutsche Recht: ZWEIGERT/KOETZ II. S. 251 f.

185. Vgl. oben, S. 56.

Ferner SAVIGNY V, S. 514; DERNBURG, § 138, S. 353.

2. Bereicherung durch Verminderung von Passiven

Es ist festgestellt worden, dass "Vermögen" im Bereicherungsrecht Nettovermögen bedeutet¹⁸⁶. Der Umfang dieses Vermögens kann infolgedessen auch vergrössert werden, indem die Passivseite durch Wegfall von Schulden vermindert wird.

Eine Bereicherung¹⁸⁷ kann daher durch Schulderrlass¹⁸⁸ oder dadurch eintreten, dass ein Dritter grundlos eine Verpflichtung eines andern erfüllt¹⁸⁹.

B. ERSPARNISBEREICHUNG

So wie ein Schaden infolge entgangenen Gewinns¹⁹⁰ erlitten werden kann, entsteht auch durch "Nichtverminderung des Vermögens"¹⁹¹ entsprechend eine Bereicherung. Es geht dabei um jene Fälle, bei denen eine bestimmte Ausgabe erspart und damit eine normalerweise notwendige Vermögensverminderung abgewendet werden konnte¹⁹².

186. Oben, S. 46.

187. Diese entspricht dem weggefallenen Passivum, WENNER, S. 43.

188. OR 115; WENNER, S. 43; VON TUHR/PETER, S. 474; BGE 87 II 142.

189. VON TUHR/PETER a.a.O.; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 836.

Anders VON TUHR/ESCHER, S. 26 f. Im schweizerischen OR ist der Fall, dass ein Dritter eine Schuld ohne Wissen und Willen des Schuldners erfüllen kann, nicht geregelt (vgl. aber § 267 BGB). Jedenfalls wird der Schuldner durch Befreiung von seiner Schuld bereichert, da in seinem Vermögen ein Passivum wegfällt und dieses somit an Wert gewinnt. VON TUHR/ESCHER (S. 27) nehmen nun im Innenverhältnis (zahlender Dritter - Schuldner) Geschäftsführung ohne Auftrag an und gewähren dem zahlenden Dritten gegen den Schuldner einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen gemäss Art. 422 OR. Dies trifft jedenfalls aber nur dann zu, wenn der Dritte mit Geschäftsführungswille, d.h. mit dem Willen "für einen andern" zu handeln, die Schuld bezahlt hat (vgl. HOFSTETTER, S. 202). Ist dies nicht der Fall, wenn er z.B. aus Irrtum eine fremde Schuld beglichen hat, ist ungerechtfertigte Bereicherung des Schuldners anzunehmen.

190. Vgl. OFTINGER I, S. 55.

191. VON TUHR/PETER a.a.O.; VON ORELLI, S. 33; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 837.

192. WENNER, S. 44 f; zu eng WITTMANN, S. 33 f.

Wer z.B. fremde Lebensmittel verzehrt, ist um soviel infolge Ersparnis bereichert, als er sonst für seine Ernährung hätte aufwenden müssen. Wer eine fremde Sache benutzt, ist regelmässig um den ersparten Mietzins bereichert: So ist z.B. der Mieter, der nach Beendigung des Mietverhältnisses weiterhin in der Wohnung verbleibt, durch Ersparnis der Miete, die er vertraglich geschuldet hätte bereichert¹⁹³. Wer unbefugt einen fremden Wagen fährt, erspart die Fahrtkosten, die er sonst hätte ausgeben müssen oder die Kosten für das Benzin seines eigenen Wagens oder allenfalls die Kosten für einen Mietwagen. Aehnlich liegen die Dinge bei Benutzung fremder Immaterialgüter: So ist z.B. um die eingesparte Lizenzgebühr bereichert, wer eine patentrechtlich geschützte Erfindung unbefugt nutzt, bzw. um das Autorenhonorar, wer unberechtigt ein urheberrechtlich geschütztes Werk publiziert¹⁹⁴.

Die Ersparnisbereicherung ist auch im Zusammenhang mit OR 64 von Bedeutung¹⁹⁵: Der Gutgläubige, dem z.B. grundlos Geld zugewendet worden ist, soll sich, wenn er diese Mittel für notwendige Ausgaben verwendet hat, nicht darauf berufen können, er sei nicht mehr bereichert. Zwar hat er das Geld nicht mehr, hat dafür aber andere Mittel erspart, die er sonst für die betreffende Ausgaben hätte aufwenden müssen und ist somit um den Betrag der Ersparnis bereichert¹⁹⁶.

193. BGE 63 II 369.

194. Zum Ganzen auch VON CAEMMERER, S. 356 ff, 358; zur Berechnung einer angemessenen Lizenzgebühr, vgl. TH. FISCHER, S. 85 ff.

195. Das bei VON TUHR/PETER, S. 474, angeführte Beispiel, ist m.E. ein Fall von Verminderung der Passiven.

Vgl. auch ESSER, Schuldrecht II, § 101.III, S. 343.

196. BGE 61 II 20; 71 II 147 ff.

2. K a p i t e l :

B E R E I C H E R U N G "A U S D E M
V E R M O E G E N E I N E S A N D E R N"

Damit zwischen dem Bereicherten als Schuldner und einem andern als Gläubiger ein Schuldverhältnis aus ungerechtfertigter Bereicherung überhaupt entstehen kann, bedarf es zwischen den Beteiligten einer Beziehung, kraft derer der Gläubiger einen Anspruch auf die Bereicherung - d.h. das Recht die Bereicherung zu verlangen¹ - hat: Es muss m.a.W. eine besondere Beziehung des erlangten Vorteils zum Vermögen des Kondiktionsgläubigers gegeben sein, um den Bereicherungsanspruch des einen gegen den andern legitimieren zu können.

Nach Art. 62.I OR muss daher die Bereicherung "aus dem Vermögen eines andern", d.h. des Anspruchsberechtigten erlangt worden sein. Der französische Gesetzestext umschreibt diese Voraussetzung mit der weitergehenden Wendung "aux dépens d'autrui", was wiederum dem Wortlaut von § 812.I BGB entspricht, wonach die Bereicherung "auf Kosten" des Gläubigers erlangt worden sein muss. Im englischen Recht muss der Bereicherungsschuldner nach GOFF/JONES "at the plaintiff's expense" bereichert sein², was gleichbedeutend mit der Wendung "auf Kosten des Klägers" ist.

Dieses Merkmal bestimmt demnach die Parteien des Kondiktionsschuldverhältnisses und nimmt im Bereicherungsrecht eine Schlüsselstellung ein, werden doch durch seine Inter-

1. VON TUHR/PETER, S. 15.

2. GOFF/JONES, S. 14; ähnlich auch Restatement, § 1.

pretation Anwendungsbereich, Inhalt und Umfang des Bereicherungsanspruchs wesentlich beeinflusst. Insbesondere in der Bundesrepublik Deutschland hat die Interpretation der Wendung "auf Kosten" zu einem Theorienstreit geführt, den man mit JOERGES "resignierend als verwirrend und polemisch als überzüchtet bezeichnen" mag³.

3. JOERGES, S. 281.

§ 1. LEHRE UND RECHTSPRECHUNG IN DER SCHWEIZ

Nach herrschender schweizerischer Doktrin bedeutet das Erfordernis "aus dem Vermögen eines andern", dass zwischen dem Vermögen des Klägers und demjenigen des Beklagten eine Vermögensverschiebung stattgefunden haben müsse, so dass der Bereicherung auf der einen Seite eine Entreichung - eine Vermögensminderung, mithin ein Schaden in gleicher Höhe - auf der andern Seite entsprechen müsse⁴: "Der Bereicherung auf der einen Seite muss die Verminderung auf der andern Seite entsprechen", sagen GUHL/MERZ/KUMMER⁵ und auch nach VON TUHR/PETER kann die Erstattungsforderung nicht über den Verlust des Klägers hinausgehen⁶. Immerhin halten OSER/SCHOENENBERGER dafür, dass die Schaffung eines über die Entreichung hinausgehenden Gewinns denkbar sei, so dass sich ökonomische Besser- und Schlechterstellung auf beiden Seiten nicht deckten; in diesem Falle aber gelte "als Bereicherung im Sinne des Artikels nur der geringere Betrag"⁷.

Diese Auffassung wird auch von WITTMANN vertreten: "Der Umfang der Klage ist ebenso von der Bereicherung wie von der Entreichung abhängig, indem er nämlich auf den niedrigsten der beiden Werte abgestimmt wird. Ist die Entreichung weniger gross als die noch vorhandene Bereicherung, dann kann der Beklagte eben doch einen Gewinn für sich behalten, ist die Bereicherung dagegen höher, dann muss nicht der Bereicherte diesen Verlust tragen"⁸.

-
4. GUHL/MERZ/KUMMER, S. 204; OSER/SCHOENENBERGER zu OR 62, N. 7; VON TUHR/PETER, S. 473; WENNER, S. 35 ff und 55 ff.
Ferner: BUSSY, S. 36 und S. 67 ff insbes. Nr. 102, vgl. auch Nr. 193; CARRY, S. 73; ENGEL, S. 396; VON FISCHER, S. 48; TH. FISCHER, S. 30 ff; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 920; MOSER, S. 44 und S. 48 ff; SIMONIUS, S. 59; TROLLER, Rechtsschutz, S. 229; WITTMANN, S. 47 ff; BGE 73 II 199; 99 II 146.
 5. GUHL/MERZ/KUMMER a.a.O.
 6. VON TUHR/PETER a.a.O.
 7. OSER/SCHOENENBERGER a.a.O.
 8. WITTMANN, S. 47.

Ebenso ist MOSER der Meinung, dass ein über den Verlust des Klägers hinausgehender Betrag als Bereicherung nicht in Frage komme, da das Bereicherungsrecht den Ausgleich einer Vermögensverschiebung zum Ziele habe⁹.

Im gleichen Sinne führt das Bundesgericht in BGE 99 II 146 aus, "dass der aus ungerechtfertigter Bereicherung Klagen- de vom Beklagten den Ersatz seiner Vermögenseinbusse (der ihm höchstens zukommt, weil nach OR 62 nur eine aus dem Vermögen des Klägers stammende Bereicherung zurückzuer- statten ist) nur insoweit verlangt werden kann, als der Beklagte infolge der Verminderung des Vermögens des Klä- gers bereichert ist"¹⁰.

Dieser Betrachtungsweise liegt ein "quasi-deliktsches" Verständnis des Bereicherungsanspruchs zugrunde, das für den unbefangenen Betrachter vorwiegend aus grammatikali- schen, teilweise auch gesetz-systematischen Gründen, wohl das nächstliegende ist: Im Bereicherungsanspruch wird das wesensähnliche Minus zum Schadenersatzanspruch aus un- erlaubter Handlung gesehen. Da auf Seiten des Schuldners kein Verschulden vorausgesetzt ist, soll er auch nicht die Einbusse schlechthin wieder gutmachen, sondern nur inso- weit, als er durch den Vorgang (noch) bereichert ist (vgl. OR 64). Die Quintessenz dieser quasi-deliktschen Betrachtungsweise ist aber, dass der Anspruch keinesfalls weiter als die Einbusse des Berechtigten reichen darf, mithin auf die Vermögenseinbusse - den Schaden - des Ent- reicherten limitiert ist.

Vor allem im Anschluss an die deutsche Lehre lehnt eine andere Meinung diese Interpretation der Wendung "aus dem Vermögen eines andern" und damit auch das quasi-deliktsche Verständnis des Bereicherungsrechts ab. Danach ist eine Vermögensverminderung auf Seiten des "Entreicherten" nicht erforderlich und der Bereicherungsanspruch demzu-

9. MOSER, S. 48.

10. Vgl. aber BGE 71 II 98.

folge von Bestand und Umfang der Entreichung unabhängig¹¹. In diesem Sinne sagt VON BUEREN: "Die Wendung könnte glauben machen, es habe das Vermögen des Entreicherten aktuell geschmälert zu sein. Aber das wäre zu Schadenersatzrechtlich gedacht. Das Bereicherungsrecht erstrebt nicht Ausgleich von Einbusse, sondern die Zurückführung unberechtigter Gewinne in das besser berechnigte Vermögen."¹² Aehnlich meint auch VON ORELLI, "dass beim Kondizierenden eine Entreichung fehlen kann."¹³ HOTZ¹⁴ und TRACHSLER¹⁵ halten dafür, dass das Erfordernis der Vermögensverschiebung nicht zu eng verstanden werden dürfe. Schliesslich ist neuerdings auch BUCHER der Ansicht, dass der Bereicherungsanspruch nicht auf die Schädigung des Entreicherten limitiert sei. Schadenersatzrechtliche Grundsätze dürften nicht auf das Bereicherungsrecht übertragen werden¹⁶.

Obwohl danach offen bleibt, wie das Erfordernis "aus dem Vermögen eines andern" positiv zu verstehen ist, überzeugt diese Auffassung weit eher als diejenige der herrschenden Lehre. Denn wie eingangs festgestellt wurde, dient der Bereicherungsanspruch eben nicht dem Ausgleich einer Vermögensverminderung des Klägers, wie der Schadenersatzanspruch, sondern dem Ausgleich einer (ungerechtfertigten) Vermögensvermehrung, die aber von einem Schaden grundsätzlich unabhängig ist. Dem soll im Folgenden nachgegangen werden.

11. Vgl. dazu auch GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 921.

12. VON BUEREN, OR Allg. Teil, S. 309.

13. VON ORELLI, S. 34.

14. HOTZ, S. 32.

15. TRACHSLER, S. 108.

16. BUCHER, OR Allg. Teil, S. 596. Auch BECKER, N 7 zu OR 62, sagt nirgends, dass der Bereicherung eine Entreichung in gleicher Höhe entsprechen müsste. Vgl. ferner AEBLI, S. 17 ff; AMREIN, S. 16, N 82.

§ 2. ANALYSE DER HERRSCHENDEN SCHWEIZERISCHEN LEHRE

I. WIDERSPRUCH ZU MASSGEBLICHEN AUSLEGUNGS- KRITERIEN

A. RECHTSVERGLEICHENDE GESICHTSPUNKTE

1. Vorbemerkungen: Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Auslegung im allgemeinen

Unter Rechtsvergleichung versteht man "das Inbezugsetzen verschiedener Rechtsordnungen in ihrem Geist und Stil oder das Inbezugsetzen verschiedener Rechtsinstitute oder vergleichbarer Problemlösungen in verschiedenen Rechtsordnungen"¹⁷. Ihre Daseinsberechtigung als wissenschaftliche Methode der Jurisprudenz ergibt sich aus der Tatsache, dass sich keine Rechtsordnung allein auf diejenigen Erkenntnisse zu stützen vermag, die innerhalb ihrer nationalen Grenzen produziert worden sind. Der Vergleich mit anderen Rechtssystemen erlaubt, Verwandtes aufzuzeigen bzw. Ungleiches festzustellen. Dies erweitert das Gesichtsfeld des Juristen und bereichert seinen "Vorrat an Lösungen" (ZITELMANN), erlaubt ihm mithin bessere Lösungen zu erkennen¹⁸. Diese Erkenntnisse sind vor allem "de lege ferenda" von Bedeutung. Es erhebt sich aber auch die Frage, inwieweit Lösungen ausländischen Rechts für die Auslegung nationalen Rechts genutzt werden können, ob eine bessere ausländische Lösung für die Auslegung herangezogen werden kann. Die Frage erhebt sich vor allem dort, wo Zweifel an der einheimischen Auslegung bestehen.

17. ZWEIGERT/KOETZ I, S. 5; vgl. auch MEIER-HAYOZ zu ZGB 1, N 356.

18. ZWEIGERT/KOETZ I, S. 13 f.

Nach anfänglicher Zurückhaltung der schweizerischen Doktrin, ist die Rechtsvergleichung nach MEIER-HAYOZ "heute zweifellos ein durch bewährte Lehre und Ueberlieferung anerkanntes Hilfsmittel der Rechtsfindung"¹⁹. Laut DESCHENAUX sollen aber nur diejenigen ausländischen Rechtsordnungen herangezogen werden, die mit dem schweizerischen Recht verwandt sind²⁰. Dem ist wohl insofern zuzustimmen, als sich der Vergleich mit der Rechtsordnung umliegender Staaten angesichts der Kultur- und Wirtschaftsgemeinschaft "als besonders fruchtbar" erweist²¹. Andererseits sollte dies nicht dazu verleiten, den Vergleich mit andersartigen Rechtsordnungen, wie etwa dem Common-Law ausser Betracht zu lassen, können sich doch gerade andere teleologische, ideologische oder soziologische Grundlagen solcher Rechtsordnungen als besonders aufschlussreich erweisen²².

BUCHER stellt fest, dass die gemeinsamen wissenschaftlichen Grundlagen des BGB und des OR gebieten, bei der wissenschaftlichen Bearbeitung des OR auch die Lösungen des BGB und die zu diesen bestehende Doktrin und Praxis zu berücksichtigen²³. Dementsprechend soll nachstehend in erster Linie auf die deutsche Bereicherungslehre - insbesondere zum Erfordernis "auf Kosten" eines andern - eingetreten werden. Angesichts der nahezu unüberblickbaren Vielfalt der Literatur und sich widerstreitenden Theorien gerade zu dieser Frage, versteht sich die Darstellung bloss als Ueberblick über die bestehenden Lehrmeinungen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass sich auch innerhalb der einzelnen Theorien, die jeweiligen Vertreter in den Einzelfragen z.T. erheblich unterscheiden; darauf wird nur vereinzelt eingetreten werden. An den Ueberblick über die

19. MEIER-HAYOZ a.a.O., N 366; ferner DESCHENAUX, S. 116 ff.

20. DESCHENAUX, S. 117 f.

21. MEIER-HAYOZ a.a.O., N 379.

22. Aehnlich MEIER-HAYOZ a.a.O., N 387.

23. BUCHER, Allg. Teil OR, S. 16. Dazu auch H. PETER, Vom Einfluss der deutschen Zivilrechtslehre in der Schweiz, in: FS Bader (1965), S. 323 ff.

deutsche Lehre schliesst sich dann ein summarischer Ausblick auf die Lösungen des anglo-amerikanischen Rechts zu der hier interessierenden Frage an.

2. Deutsches Recht

a. Zur Entstehungsgeschichte des Wortlauts von § 812 Abs. 1 BGB

Satz 1 von § 812 Abs. 1 BGB lautet: "Wer durch Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet." Die zweite Kommission zur Redaktion des BGB-Entwurfs ersetzte den in § 748 des 1. Entwurfs verwendeten Ausdruck "aus dem Vermögen eines andern" durch die Wendung "auf dessen Kosten"²⁴. Es waren verschiedene Gründe, die für die Wahl dieser weiteren Fassung sprachen: Einmal sollte dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass das Objekt der Bereicherung selbst nicht zum Vermögen des Klägers gehört, sondern nur der Vorgang dessen Rechtssphäre berührt haben müsse. Insbesondere aber sollten durch diese Formulierung jene Fälle erfasst werden, in denen der Bereicherte mehr erhielt als der Benachteiligte verloren hatte²⁵.

b. Ablehnung des Erfordernisses eines Schadens auf Seiten des Bereicherungsgläubigers

Trotz der Motive, die zu der weiteren Formulierung von § 812.I BGB geführt hatten, blieben die Möglichkeiten dieser Entscheidung von der Rechtsprechung zunächst unbeachtet²⁶. Wie die schweizerische Lehre noch heute, ge-

24. MUGDAN, Die gesamten Materialien zum BGB für das deutsche Reich, Band II (1889), S. 1170 f; vgl. auch AEBLI, S. 17; KELLMANN, S. 78 f; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 29; WILBURG, S. 106/7.
25. MUGDAN a.a.O.; MESTMAECKER, S. 521. Dazu auch Schmitt, S. 85 ff.
26. KELLMANN, S. 79.

langte das Reichsgericht aufgrund wörtlicher Interpretation ursprünglich zum Schluss, dass der Bereicherungskläger einen Schaden erlitten haben müsse²⁷. Ebenso wurde verlangt, dass die Vermögenseinbusse für den Umfang des Bereicherungsanspruchs bestimmend sei: Dieser könne nicht über den Umfang der Vermögenseinbusse hinausgehen²⁸. Diese Auffassung wurde indessen in der Folge aufgegeben, da der Bereicherungsanspruch nicht wie ein Schadenersatzanspruch "eine Verminderung im Vermögen des Benachteiligten, sondern einen grundlosen Zuwachs im Vermögen des Bereicherten ausgleichen soll"²⁹. Unbeirrt wurde jedoch am Erfordernis eines Schadens an sich festgehalten: "Erforderlich ist für einen Bereicherungsanspruch ..., dass die Bereicherung des einen die unmittelbare Folge einer Vermögenseinbusse des anderen Teils ist"³⁰. Wo ein Schaden nicht entstanden war, behalf man sich mit einer Fiktion: So wurde etwa in RGZ 97, S. 310 ff festgestellt, dass der Schaden des Klägers bei einer unbefugten Benutzung einer Gleisanlage in der entgangenen Entschädigung bestehe, die der aus der Benutzung Bereicherte dafür hätte zahlen müssen. Bei der unbefugten Entnahme von Wasser aus einer fremden Leitung sah das Oberlandesgericht Braunschweig (OLGE 18, 48) den Schaden des Entreicherten in der Abnutzung der Wasserleitung (!), da das Wasser selbst nichts kostete.

Im Anschluss an HECK hat vor allem WILBURG auf die Widerspruchlichkeit des Schadenserfordernisses hingewiesen³¹. Die Inkonsequenz, dass ein Minimum an Vermögenseinbusse einen beliebig grösseren Ersatzanspruch rechtfertigen könne einerseits, und die Schadensfiktionen und Konstruktionsbemühungen der Rechtsprechung andererseits, legten nahe, dass das Bedürfnis bestehe, Bereicherungsansprüche auch ohne ökonomischen Schaden des Verletzten anzuerkennen und müssten somit zur offenen Beseitigung des Erforder-

27. Vgl. RGZ 97, 310 ff. In diesem Entscheid ging es um die unbefugte Benutzung einer Gleisanlage.

28. RGZ 105, 409; so auch SCHULZ, S. 478.

29. BGH, NJW 1968, S. 197; BGHZ 36, 233; 17, 239.

30. BGH, NJW a.a.O.

31. HECK, S. 421; WILBURG, S. 97 ff, S. 102 ff.

nisses des Schadens führen³². "Die Einschränkung widerspricht aber nicht nur der Absicht des Gesetzgebers, sondern auch im ganzen gesehen dem Gesetz. Der Formel des § 812, die ohnedies nicht sehr viel sagt, stehen die §§ 818 und 816 gegenüber, die über den Inhalt des Bereicherungsanspruchs nähere Auskunft geben. Sie berichten nichts von einem Schaden und gewähren ohne Rücksicht auf einen solchen den Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen des Empfangenen und des Erlöses für die widerrechtlich veräußerte Sache"³³. Im weiteren könne die Beschränkung des Bereicherungsanspruchs auf einen Schaden jeder erfolgreichen Wirtschaft, bei der Gewinn die Kosten übersteige, keinesfalls gerecht werden³⁴.

WILBURG folgend wurde schliesslich das Schadenserfordernis in der Lehre übereinstimmend abgelehnt, da dieses nur einen Entschädigungsanspruch, nicht aber einen Anspruch auf die volle Bereicherung rechtfertigen könne. So sagt ESSER³⁵: "Sie (die Bereicherung) muss nicht Hand in Hand gehen mit einer Entreicherung auf Seiten des Kondiktionsgläubigers. Das Merkmal "auf Kosten eines andern" besagt nicht, dass dem Vorteil beim Bereicherten ein rechnerisch gleichwertiger Nachteil beim Betroffenen entsprechen müsste. ... Die Bereicherungshaftung ist eben im Gegensatz zur Schadenersatzhaftung keine Ausgleichshaftung in dem Sinne, dass eine Vermögensminderung kompensiert werden soll. Wir haben es mit Bereicherungs- und nicht mit Entreicherungsrecht zu tun." Nach ZWIEGERT/KOETZ³⁶ besteht der Zweck des Bereicherungsrechts eben nicht darin, ein im Vermögen des Benachteiligten eingetretenes Minus auszugleichen³⁷, sondern ein im Vermögen des Bereicherten eingetretenes Plus dem besser Berechtigten zuzuführen. Ebenso meint LARENZ³⁸: "Die Worte "auf Kosten dessen" bedeuten

32. WILBURG, S. 103.

33. WILBURG, S. 107.

34. WILBURG, S. 127.

35. ESSER, Schuldrecht II, § 104.I, S. 363.

36. ZWIEGERT/KOETZ II, S. 254.

37. "- das wäre die Leistung von Schadenersatz -", ZWIEGERT/KOETZ a.a.O.

38. LARENZ, Schuldrecht II, § 68.II, S. 475.

nicht, dass auf Seiten des Kondiktionsgläubigers eine effektive Vermögensverminderung eingetreten sein müsse."³⁹

Diese Lehre scheint sich nun auch in der Rechtsprechung durchzusetzen. So lehnte der BGH in der "Flugreise-Entscheidung" ausdrücklich einen Schaden der klagenden Fluggesellschaft ab, bejahte aber gleichwohl einen Bereicherungsanspruch⁴⁰.

c. Verschiedene Theorien zur Interpretation des Erfordernisses "auf dessen Kosten" im deutschen Schrifttum

Ist sich die deutsche Lehre in seltener Einmütigkeit einig darüber, dass ein Schaden des Bereicherungsgläubigers nicht Voraussetzung eines Bereicherungsanspruchs sein könne, so besteht dafür umso mehr Uneinigkeit darüber, wann jemand auf fremde Kosten bereichert sei.

aa. Herrschende Lehre: Zuweisungstheorie

aaa. Differenzierung zwischen Bereicherung durch Leistung und Bereicherung "in sonstiger Weise"

WILBURG und ihm folgend hauptsächlich VON CAEMMERER begründeten die in Deutschland heute vorherrschende, zwischen Leistungskondiktion und Kondiktion wegen Bereicherung "in sonstiger Weise" differenzierende Lehre⁴¹. Diese geht - gestützt auf den Wortlaut von § 812.I BGB ("Wer durch die Leistung eines andern o d e r in sonstiger

39. Vgl. ferner BEUTHIEN zu § 812, S. 412; ENNECERUS/LEHMANN, § 221.II und § 222.II; KAEHLER, S. 43 ff; KELLMANN, S. 84; KOPPENSTEINER/KRAMER, 89; KLEINHEYER, S. 471/3; REEB, S. 30/38; JAKOBS, S. 61 ff; VON CAEMMERER, S. 376 f.

40. Dazu TEICHMANN, "Die Flugreiseentscheidung, BGHZ 55, 128", in JuS 1972, S. 247 ff.

41. WILBURG, S. 23 und 49 ff; VON CAEMMERER, S. 340/2; vgl. auch LARENZ, Schuldrecht II, § 68, S. 466.

Weise auf dessen Kosten etwas ... erlangt ...") - von einer "fundamentalen Verschiedenheit" (WILBURG) der beiden Kondiktionsarten aus⁴². Danach entsteht die Leistungskondiktion durch eine gewollte, aber grundlose Zuwendung (Leistung) des Gläubigers an den Schuldner, während der Anspruch wegen Bereicherung "in sonstiger Weise" auf einem vom Willen des Klägers unabhängigen Vorgang beruht. Der praktisch bedeutsamste Fall der Nichtleistungskondiktion ist die sog. Eingriffskondiktion, die dadurch entsteht, dass jemand in ein fremdes Vermögen eingreift (daher der Name) und daraus einen Vorteil, eine Bereicherung erlangt⁴³.

Nach der heute in Deutschland herrschenden Lehre soll nun das Erfordernis "auf dessen Kosten" bei der Leistungskondiktion keine selbständige Bedeutung haben, weil die Funktion dieses Merkmals - das Kondiktionsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner festzulegen - bereits durch das Leistungsverhältnis übernommen werde⁴⁴. Die Leistungskondiktion ist danach dadurch charakterisiert, dass eine Leistung "ohne rechtlichen Grund" erlangt wurde.

42. Zur Unterscheidung zwischen Leistungs- und Nicht-Leistungskondiktion vgl. WILBURG, S. 49; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 17 ff und S. 193 ff; ZWEIGERT/KOETZ II, S. 254. In der Schweiz treffen diese Unterscheidung VON BUEREN (OR Allg. Teil, S. 295 ff) und BUCHER (OR Allg. Teil, S. 602 f, 609). Auch BECKER unterscheidet zwischen Zuwendungs- und Nicht-Zuwendungsgeschäften (vgl. Komm. zu OR 62).

43. Um den ebenso umständlichen wie unschönen Ausdruck "Kondiktion wegen Bereicherung in sonstiger Weise" zu vermeiden, wird im Folgenden nur noch von "Eingriffskondiktion" die Rede sein.

44. ESSER, Schuldrecht II, S. 340; LARENZ, Schuldrecht II, § 68, S. 466 und S. 476; BEUTHIEN zu § 812 BGB, S. 407, N 4. REEB, S. 31; BGHZ 56 228, 239; KOENDGEN, in FS ESSER, S. 55 ff; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 29 f; WILHELM, S. 106. A.M. ENNECERUS/LEHMANN, § 221.II, S. 877, wonach das Erfordernis bei der Leistungskondiktion einen Vermögensnachteil des Entreicherten verlangt. Vgl. auch FIKENTSCHER, § 99 II.1b, S. 579 ff.

bbb. Widerspruch der Bereicherung zum Zuweisungsgehalt eines Rechts bei Bereicherung durch Eingriff

Während also die Frage, wem eine Kondiktion zusteht, sich bei der Leistungskondiktion danach beurteilt, wer als der Leistende anzusehen ist, steht dagegen die Eingriffskondiktion demjenigen zu, "auf dessen Kosten" der Bereicherte den Vorteil erlangt hat. Nach vorherrschender Lehre in Deutschland soll dies der Fall sein, wenn die Bereicherung "unter Einbruch in eine fremde Rechtssphäre erzielt worden ist", d.h. "im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines Rechts steht"⁴⁵ und der erlangte Vorteil somit demjenigen "auf dessen Kosten er erlangt wurde, rechtens gebührt"⁴⁶.

Diese sog. "Zuweisungstheorie" fusst auf der Aussage HECK's⁴⁷, s.E. liege in der Anerkennung eines subjektiven Rechts immer auch die Zuweisung desjenigen Erwerbs, der durch Veräusserung und Ausübung erzielt werde. Ausgangspunkt der Ueberlegung ist, dass die Rechtsordnung dem Einzelnen zur Wahrung seiner Interessen subjektive Rechte zuteilt, die ihm seine Güter zum Haben und Nutzen zuweisen. Soweit nun jemand aufgrund subjektiven Rechts die alleinige Dispositionsbefugnis über ein Rechtsgut zusteht, sollen ihm auch die Nutzungsmöglichkeiten des betreffenden Gutes zugewiesen sein. Nutzt aber ein anderer unbefugt das Rechtsgut, steht die gezogene Nutzung im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt des verletzten Rechts und gebührt somit dem Berechtigten⁴⁸. Am Beispiel des verletzten Eigentums zeigt WILBURG⁴⁹: "Der Grund des Ersatzrechtes (des Bereicherungsanspruchs) liegt im alten Eigentum, dessen Zweck

45. ESSER, Schuldrecht II, § 104.I, S. 363 und 365.

46. LARENZ, Schuldrecht II, § 68.II, S. 474; ESSER a.a.O.

47. HECK, S. 421. Vgl. auch MEIER-HAYOZ Syst. Teil, N 140 u. 192; HOFSTETTER, S. 209.

48. ESSER und LARENZ a.a.O.; ferner VON CAEMMERER, S. 352 ff; MESTMAECKER, JZ 1958, S. 523; RAISER, ZBJV 97, S. 133; HAINES, S. 68 ff; FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 99.N.1., S. 593; WILBURG, S. 27 ff; ZWIEGERT/KOETZ II, S. 254 f.
Vgl. ferner KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 89.

49. WILBURG, S. 27 ff.

in schuldrechtlicher Form fortbesteht"⁵⁰. Aus der zuweisenden Kraft eines absoluten Rechts ergibt sich nach WILBURG der Bereicherungsanspruch organisch "gleichsam von selbst" und verwirklicht so dessen Zuweisungsgehalt⁵¹. Nach VON CAEMMERER ist entscheidend, "dass man sich klar macht, dass in der Anerkennung eines Bereicherungsanspruchs eine ausschliessende Zuweisung des betreffenden Gutes an eine bestimmte Person unter Ausschluss aller anderen am Rechtsverkehr Beteiligten liegt."⁵²

ccc. Verhältnis der Tatbestandsmerkmale "auf dessen Kosten" und der Rechtsgrundlosigkeit bei der Eingriffskondiktion

Ist aber eine Bereicherung dann auf Kosten eines andern erlangt, wenn sie unter Verstoß gegen die einem fremden Recht immanente Ertragszuweisung erzielt wurde, liegt es nahe, in dieser Verletzung des Zuweisungsgehaltes eines fremden Rechts, gleichzeitig den fehlenden Rechtsgrund für die Bereicherung zu sehen. Dies wird deutlich bei VON CAEMMERER, nach dem die Unrechtmässigkeit der Bereicherung eben darin liegt, dass sie im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines absoluten Rechts stehe und somit gegen die rechtliche Güterverteilung verstosse⁵³. Ausdrücklich anerkennt sodann LARENZ⁵⁴: "Der Widerspruch zur rechtlichen Güterzuordnung ist entscheidend für die Frage nach der Rechtsgrundlosigkeit einer Vermögensverschiebung und dient zugleich der Ausfüllung des weiteren Tatbestandsmerkmals "auf dessen Kosten"."

50. WILBURG, S. 29.

51. WILBURG a.a.O. und S. 122.

52. VON CAEMMERER, S. 398; vgl. auch S. 353.

53. VON CAEMMERER, S. 353; ebenso WILBURG, S. 27 ff; BEUTHIEN, zu § 812 BGB, S. 412; ESSER, Schuldrecht II § 104.I, S. 363 ff; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 99; KOENDGEN, S. 60.
Vgl. dagegen KAEHLER, S. 44 ff.

54. LARENZ, Schuldrecht II § 68.II, S. 475.

Geht die Zuweisungstheorie somit von der Vorstellung aus, eine Bereicherung sei immer dann ungerechtfertigt, wenn sie gegen den Zuweisungsgehalt des verletzten Rechts verstosse, so stellt sie auf die Unrechtmässigkeit des Bereicherungserfolges, mithin auf einen unrechtmässigen Zustand ab⁵⁵.

ddd. Subjektive Rechte mit Zuweisungsgehalt

Kernfrage bei der Zuweisungstheorie ist, ob und in welchem Umfang ein verletztes Recht Zuweisungsgehalt habe. Nach WILBURG sind nur absolute Rechte und absolut geschützte Interessen das Gebiet der Bereicherungsansprüche⁵⁶. Dabei unterscheidet er sich von den heutigen Vertretern der Zuweisungslehre insofern, als er auch Bereicherungsansprüche infolge Wettbewerbs- und Persönlichkeitsrechtsverletzungen (absolut geschützte Interessen i.S.v. § 823.II BGB) ohne weiteres anerkennt⁵⁷. Dagegen sagt VON CAEMMERER, es sei das "Wesen des absoluten Rechts, dass es dem Inhaber ein Gut zuweist"⁵⁸. Neben dem Eigentum und den andern dinglichen Rechten sollen auch alle sonstigen absoluten Rechte im Sinne von § 823.I BGB einen Zuweisungsgehalt haben, wie namentlich das Patent-, Urheber- und Gebrauchsmusterrecht sowie Forderungen, soweit sie absolut gegen Eingriffe Dritter geschützt sind⁵⁹. Keinen Zuweisungsgehalt sollen dagegen blossе Schutzpositionen im Sinne von § 823.II BGB geniessen, d.h. die sog. Ausschlussrechte, die lediglich den Schutz eines Rechtsgutes verleihen⁶⁰.

Im einzelnen indessen besteht darüber Uneinigkeit: Während etwa VON CAEMMERER Bereicherungsansprüche aufgrund von Warenzeichenverletzungen (Markenrechtsverletzungen) bejaht -

55. KLEINHEYER, S. 472.

56. WILBURG, S. 46.

57. WILBURG, S. 43 ff.

58. VON CAEMMERER, S. 353.

59. VON CAEMMERER, S. 354 f; ferner ESSER, Schuldrecht II, § 104.I, S. 365; LARENZ, Schuldrecht II, § 68.II, S. 475; MESTMAECKER, JZ 1958, S. 524; RAISER, ZBJV 97, S. 134.

60. RAISER, S. 139.

dem Markenrecht somit Zuweisungsgehalt zugesteht⁶¹ - , soll dessen Inhaber nach MESTMAECKER dagegen "lediglich die unterscheidende Kennzeichnungskraft des geschützten Zeichens" zugewiesen sein. "Ein spezifischer Zuweisungsgehalt, aus dem Nutzungsansprüche von Rechtswegen folgen" soll das Warenzeichen indessen nicht haben⁶². Ebenso lehnt MESTMAECKER Bereicherungsansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen ab, weil die Persönlichkeitsrechte ihrem Träger nicht eine bestimmte wirtschaftliche Nutzung zuweisen, sondern - wie RAISER sagt - nur dessen "Verhältnis zu andern Personen bestimmen"⁶³. Gegen den Zuweisungsgehalt spreche schon die unbestimmte Weite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das nach ESSER im Grunde kein Recht, "sondern ein Bündel von Schutzpositionen ist"⁶⁴. Dagegen wiederum gesteht SCHLECHTRIEM dem Persönlichkeitsrecht Zuweisungsgehalt zu⁶⁵. Während ferner WILBURG und BAUMBACH/HEFERMEHL⁶⁶ Bereicherungsansprüche bei Wettbewerbsverstößen bejahen, sind VON CAEMMERER, ESSER und MESTMAECKER gegenteiliger Ansicht, weil "eine Rechtsordnung, die ihren Subjekten die Freiheit gewerblicher Betätigung gewährt, ihnen nicht gleichzeitig einen Tätigkeitsbereich mit festen Chancen und Erwerbserwartungen durch ein absolutes Recht zuweisen" kann⁶⁷.

eee. Umfang des Zuweisungsgehaltes eines Rechts

Umstritten ist aber auch der Umfang des Zuweisungsgehaltes eines verletzten Rechts. Aufgrund seiner umfassenden Zuweisungstheorie vertrat WILBURG die Auffassung, dass auch wirtschaftliche Erträge aus geschäftlicher Verwertung

61. VON CAEMMERER, S. 399.

62. MESTMAECKER, S. 525; gl. M. ESSER a.a.O.

63. MESTMAECKER a.a.O.; RAISER a.a.O.

64. ESSER, a.a.O. (vgl. aber S. 370); vgl. auch HUBMANN, S. 363.

65. SCHLECHTRIEM, S. 448 f; nach LARENZ (a.a.O.) hat das Persönlichkeitsrecht "ausnahmsweise" Zuweisungsgehalt.

66. WILBURG, S. 44 ff (vgl. oben im Text); BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl. UWG, N 396 ff.

67. VON CAEMMERER, S. 396 ff, 400 f; ESSER a.a.O.; MESTMAECKER a.a.O., S. 526.

fremder Güter kondizierbar seien. Wie schon HECK kam WILBURG auf dieser Grundlage zu einem Gewinnherausgabeanspruch⁶⁸.

Nach VON CAEMMERER und der heutigen Zuweisungslehre umfasst der Zuweisungsgehalt absoluter Rechte indessen nur das "uti, frui, abuti": "Wenn jemand also eine fremde Sache gebraucht oder nutzt, wenn er sie verbraucht, wenn er sie verarbeitet oder in sein Haus einbaut, so dass sie als selbständige Sache untergeht, wenn er sie unter dem Schutz des Rechtsscheins wirksam veräussert und damit für sich verwertet, dann hat er etwas erlangt, was nach dem Zuweisungsgehalt des Eigentums dem Eigentümer gebührt."⁶⁹ Gegenstand des Bereicherungsanspruchs ist danach der objektive Wert - d.h. der Verkehrswert⁷⁰ - des Erlangten⁷¹, wobei "der erlangte Preis normalerweise den (Verkehrs-) Wert der veräusserten Sache darstellt"⁷². Der Verletzer eines fremden Patentes z.B. sei um den Wert bereichert, den er redlicherweise für die Lizenzgebühr hätte zahlen müssen⁷³. Eine diesen objektiven Verkehrswert übersteigende Gewinnherausgabe rechtfertigt sich nach VON CAEMMERER gemäss § 687.II BGB (unechte Geschäftsführung⁷⁴) nur bei schuldhaftem, ausserhalb des Immaterialgüterrechts gar nur bei vorsätzlichem Eingriff⁷⁵. Diese Gewinnherausgabe sei aber nicht Bereicherungsausgleich, sondern diene der Sanktion für deliktisches Verhalten⁷⁶.

-
68. WILBURG, S. 122-124;; HECK, S. 421. Aehnlich ESSER, Schuldrecht II, § 104.II, S. 368 ff.
69. VON CAEMMERER, S. 353. Vgl. auch SIMONIUS, S. 58 (a.M. beim Verkauf einer fremden Sache: S. 63).
70. Dazu LARENZ, Wertersatz, S. 228.
71. VON CAEMMERER, S. 356 ff (vgl. auch S. 352). Ausführlich dazu LARENZ, Wertersatz, S. 209 ff; SCHLECHTRIEM, S. 458 f.
72. VON CAEMMERER, S. 357 (vgl. auch AEBLI, S. 53).
73. VON CAEMMERER a.a.O.; dazu auch TH. FISCHER, S. 85 ff.
74. Im Gegensatz zu Art. 423.I OR setzt § 687.II BGB ein Verschulden voraus.
75. VON CAEMMERER, S. 359. Ebenso: FIKENTSCHER, Schuldrecht § 99.IV.2, S. 594 f; § 100 I/II, S. 605 ff; LARENZ, Schuldrecht II, § 69.IV, S. 501; ders. Wertersatz, S. 228; ROTHOEFT, AcP 166, S. 250; SCHLECHTRIEM, S. 458 ff. Vgl. auch KOENIG, S. 180 und S. 187 f. ROTH, S. 377.
76. VON CAEMMERER, S. 360.

Im Gegensatz zur herrschenden schweizerischen Lehre, die auf quasi-deliktsicher Betrachtungsweise des Bereicherungsrechts beruht⁷⁷, liegt der Lehre VON CAEMMERER's eine "quasi-vertragliche" Konzeption zugrunde⁷⁸: Der Anspruchsgegner soll soviel erstatten müssen, wie er dem Berechtigten bei vertraglicher Einigung hätte zahlen müssen, weil er diesen (objektiven) Wert gespart und somit um diesen bereichert ist.

Wie WILBURG ist ESSER⁷⁹ wiederum der Ansicht, dem Rechtsinhaber stehe aufgrund des Zuweisungsgehaltes das "Erlangte" und zwar auch ein erzielter Gewinn zu. Das Erlangte umfasse den effektiven Vermögenszuwachs und zwar auch insoweit, als dieser den objektiven Verkehrswert übersteige. Die Gegenansicht verschaffe lediglich Kompensation der Entreicherung⁸⁰. "Es macht gerade den eigentlichen Gehalt eines Immaterialgüterrechts aus, dass es die gewinnbringende Nutzung allein dem Rechtsinhaber zuweist."⁸¹

bb. Neue Entwicklungstendenzen: Kritik an der
Zuweisungstheorie - Theorie der Rechts-
gutinanspruchnahme

Die Zuweisungstheorie ist als Grundlage der Eingriffskon-
diktion vor allem in jüngster Zeit in Frage gestellt und
abgelehnt worden.

aaa. Kritik an der Zuweisungstheorie

1. Schon die Grundlage der Zuweisungstheorie - die Anti-
these zwischen Leistungs- und Eingriffskon-
diktion - wird verschiedentlich abgelehnt: Die typologische

77. Oben, S. 66.

78. ROTH, S. 374 f.

79. ESSER, Schuldrecht II, § 104.II, S. 368 ff; ERMAN/WESTERMANN,
BGB (6. Aufl. 1975) § 818, N 16 ff.

80. Ebenso repliziert WILBURG (AcP 163, S. 350) gegen die Auffassung
Von Cämmerer's: "Sie nähert sich dem Gedanken des Schadenersatzes
und wird dem Wesen der Bereicherungsklage nicht gerecht."

81. ESSER a.a.O., S. 370.

Differenzierung nach zwei grundlegend verschiedenen Anspruchstypen soll zugunsten einer einheitlichen Formel zur Begründung aller Bereicherungsansprüche aufgegeben werden⁸².

So bleibt nach KELLMANN angesichts des Wortlauts von § 812 BGB unverständlich, weshalb das Tatbestandsmerkmal "ohne rechtlichen Grund" nur der Leistungskondiktion, das Erfordernis "auf Kosten" dagegen nur der Eingriffskondiktion zugeordnet werde. Der von WILBURG behauptete "fundamentale Unterschied" zwischen den beiden Kondiktionsarten sei wohl eher eine Folge der Zuweisungstheorie als umgekehrt⁸³.

KELLMANN will "beide Kondiktionsarten zu einem Anspruch wegen Bereicherung ohne rechtserheblichen Willen desjenigen, auf Kosten dessen sie geht, zusammenfassen"⁸⁴, denn bei der Eingriffskondiktion fehle es an einem Willen des Kondiktionsgläubigers zur Verwertung, Benutzung oder Uebertragung seiner Vermögenswerte überhaupt, während bei einer Bereicherung durch Leistung, der Wille dazu fehlerhaft gebildet sei, oder auf falschen Voraussetzungen beruhe und daher rechtlich irrelevant sei⁸⁵. Der fehlerfreie Wille sei der Rechtsgrund für eine gültige Bereicherung, fehle er, so fehle es am Rechtsgrund im Sinne beider Kondiktionsarten⁸⁶.

Ebenso lehnt WILHELM die Unterscheidung nach der jeweiligen Ursache des Bereicherungseintritts in Leistungsbereicherung und Bereicherung "in sonstiger Weise" ab. Die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung seien Anwendungsfälle des Prinzips, wonach "die Vermögensvermehrung, die der Schuldner aus dem

82. Vgl. KELLMANN, S. 97 ff; WILHELM, S. 173 ff; CANARIS, in: FS für Karl Larenz (1973), S. 799 ff.
COSTEDE, S. 9 ff; KAEHLER, S. 43 ff.
A.M. VON CAEMMERER nach dem (S. 337), die Versuche eine einheitliche Formel zu finden, nicht weiter führen.
83. KELLMANN, S. 98.
84. KELLMANN, S. 108.
85. a.a.O. und S. 123.
86. KELLMANN, S. 102.

Vermögen des Gläubigers hat, d.h. die nach den Rechten oder Rechtspositionen des Gläubigers in dessen Vermögen gehört, herauszugeben ist, wenn das Haben des Schuldners nicht durch ein Rechtsgeschäft oder unmittelbar durch eine Norm des objektiven Rechts gerechtfertigt ist"⁸⁷.

2. In der Hauptsache ist es aber der Begriff des Zuweisungsgehaltes der Rechte selbst, dessen Leistungsfähigkeit für das Bereicherungsrecht angezweifelt wird. So erliegt die Zuweisungstheorie nach KELLMANN einem Irrtum, wenn sie davon ausgehe, dass eine Bereicherung "in sonstiger Weise" unrechtmässig sei, wenn sie im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt eines Rechts stehe, denn dadurch werde der zu beseitigende Zustand als rechtswidrig bezeichnet. Zustände könnten aber nicht rechtmässig oder unrechtmässig sein, denn die Rechtsordnung richte sich mit einem System von Sollenssätzen ausschliesslich an Rechtssubjekte; somit könne dieses Attribut nur der Handlung eines Rechtssubjektes zukommen, die dann zu einem bestimmten Zustand führe. Mit Kelsen ist Kellmann sodann der Ansicht, dass absolute Rechte bloss Ausschlussrechte ohne positiven Inhalt darstellen⁸⁸.

Aehnlich weist Kleinheyer darauf hin, dass sich der Zuweisungsgehalt eines Rechtes in der Zuweisung von Befugnissen hinsichtlich des Rechtsobjektes erschöpfe.

"Für die Beurteilung des Verwendungserfolges lässt sich dem Inhalt des Rechts selbst nichts entnehmen."⁸⁹

Ebenso hält Haines den Vertretern der Zuweisungstheorie entgegen, die Begriffe "Zuweisung" und "Zuordnung" seien nicht Abstraktionsbegriffe für alle möglichen Zuweisungsgehalte subjektiver Rechte, sondern enthielten lediglich "eine Mitteilung über gewisse erreichte

87. WILHELM, S. 173 ff.

88. KELLMANN, 90 ff; Kelsen, Reine Rechtslehre (2. Aufl., Wien 1960), S. 135 f. Ähnlich auch schon SCHULZ, S. 438. Vgl. ferner WILHELM, S. 95; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 85.

89. KLEINHEYER, JZ 1970, S. 472/4.

Verteilungszustände ohne Rücksicht auf deren jeweiligen Inhalt"⁹⁰. Es seien Relationsbegriffe, die die Beziehungen zwischen den Rechtssubjekten charakterisierten. Darüber hinaus erweise sich der Begriff "Zuweisung" als nicht tragfähig, sondern wirke als "Leerformel" in die hinein interpretiert werde, was später wieder herausgeholt werden solle. Insbesondere die "schier unübersehbare Meinungsvielfalt" unter den Vertretern der Zuweisungstheorie selbst hinsichtlich der Frage, welchen Rechten Zuweisungsgehalt zukomme, sowie die Tatsache, dass unter Berufung auf den Zuweisungsgehalt eine über den objektiven Wertersatz hinausgehende Gewinnherausgabe sowohl abgelehnt als auch befürwortet wird⁹¹, hat JAKOBS veranlasst, den Zuweisungsgehalt als "Schlagwort" zu bezeichnen, mit dem "sich eben alles und deswegen nichts begründen" lasse⁹².

3. Für REEB erscheint sodann willkürlich, dass die Zuweisungstheorie auf die Absolutheit des verletzten Rechts als für den Zuweisungsgehalt massgebliches Kriterium abstellt⁹³. In diesem Sinne weist auch HAINES daraufhin, dass jedes subjektive Recht in seiner Aussenwirkung absolut sei und KELLMANN hält dafür, dass ein Verwertungsverbot "ebenso gut durch relative wie durch absolute Rechte statuiert werden" könne⁹⁴.
4. Nach HAINES verhindert die Zuweisungstheorie ferner einen klaren Tatbestandsaufbau, indem die Tatbestandsmerkmale "auf Kosten" und "ohne rechtlichen Grund" zu einem einzigen zusammengefasst werden. "Der Tatbestandsaufbau lässt nämlich übersehen, dass nicht jede

90. HAINES, S. 84.

91. Vgl. oben, S. 78 ff.

92. JAKOBS, S. 104; vgl. ferner KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 91; HAINES, S. 85; REEB, S. 35 f; WILHELM, S. 88 ff.

93. REEB, S. 36.

94. HAINES, S. 69 und 73 ff; KELLMANN, S. 92 ff, S. 90; ferner JAKOBS, S. 103 ff; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 93; WILHELM, S. 94 f. Vgl. auch KLEINHEYER, S. 474.

Bereicherung ungerechtfertigt ist, die im "Widerspruch zum Zuweisungsgehalt" eines subjektiven Rechts steht; nicht jeder der in fremdes Recht eingreift, handelt ohne Rechtsgrund."⁹⁵

5. Abgelehnt wird schliesslich weitgehend die Ansicht VON CAEMMERER's, wonach der Bereicherungsanspruch nur den objektiven Wert des verletzten Rechts beschlägt - da nur dieser dem Rechtsträger "zugewiesen" sei -, einen darüber hinausgehenden Gewinnherausgabeanspruch dagegen nur über § 687.II BGB zulässt⁹⁶. Nach KELLMANN wird damit "der unzutreffenden Behauptung, § 812 ginge nur auf Wertersatz, die nirgendwo begründete Behauptung, § 687.II gehe nur auf Gewinnherausgabe zur Seite gestellt."⁹⁷ Mit ESSER⁹⁸ geht die heute überwiegende Meinung dahin, dass der Bereicherungsanspruch das tatsächlich ungerechtfertigt auf Kosten eines andern Erlangte, d.h. den effektiven Vermögenszuwachs umfasst. Dies ist aber nicht nur ein objektiver Verkehrswert, sondern damit wird auch ein darüber hinausgehender Gewinn erfasst und zwar unabhängig davon, ob der Berechtigte diesen auch realisiert hätte oder hätte realisieren können⁹⁹. Von Bedeutung ist dies hauptsächlich bei Immaterialgüterrechtsverletzungen: Der Verletzer eines fremden Patentes z.B. soll eben nicht nur den Betrag der Lizenzgebühr herausgeben müssen, die er redlicherweise hätte zahlen müssen, sondern alles, was er durch die unbefugte Patentverletzung erzielt hat.

95. HAINES, S. 86; vgl. auch KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 99; KELLMANN, S. 98 ff.

96. Oben, S. 79.

97. KELLMANN, S. 132. JAKOBS, S. 32 ff; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 129 f.

98. Oben, S. 80.

99. Vgl. JAKOBS, S. 17 ff, 32 ff, 72 ff, 128 ff; KELLMANN, S. 132 ff; KLEINHEYER, S. 477; KOPPENSTEINER, NJW 1971, S. 588 ff und 1769 ff; ERMAN/WESTERMANN, BGB (6. Aufl. 1975) § 818, N 16 ff; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 131 ff und S. 161 ff; REEB, S. 107 ff; HAINES, S. 121 und S. 127 ff. Vgl. auch ROTH, S. 377 f.

bbb. Theorie von der Rechtsgutinanspruchnahme

1. Da der Bereicherungsanspruch einerseits nicht eine Vermögensverminderung ausgleichen soll - Rechtfertigung der Bereicherungsansprüche somit nicht ein Schaden des Verletzten sein kann - und andererseits auch der Zuweisungsgehalt des verletzten Rechts zur Bestimmung der Eingriffskondition aus den dargelegten Gründen abgelehnt wird, sieht KLEINHEYER den richtigen Ansatz für die Interpretation des Erfordernisses "auf Kosten" in der Tatsache, dass eine Bereicherung "unter Benutzung und Verwendung von fremden Rechtsgütern" erzielt worden ist¹⁰⁰. Ebenso liegt nach KELLMANN, KOPPENSTEINER/KRAMER und REEB die Bedeutung dieser Wendung im Umstand, dass eine Bereicherung durch Ausnutzung¹⁰¹ bzw. Inanspruchnahme¹⁰² oder mit Hilfe¹⁰³ fremden Rechtsguts erlangt wurde.

2. Als in diesem Sinne bereicherungsrechtlich geschütztes Gut kommt nach dieser Auffassung jedes grundsätzlich materiell verwertbare Gut in Betracht, das dem Bereicherungsgläubiger durch ein subjektives Recht zur alleinigen Verwertung und Nutzung vorbehalten ist¹⁰⁴, was ohne weiteres auch bei Persönlichkeitsgütern und Warenzeichen denkbar ist. Massgebliches Kriterium ist, dass dem Rechtsträger hinsichtlich des betreffenden Rechtsgutes ein Unterlassungsanspruch gegenüber Zugriffen Dritter zusteht¹⁰⁵. Nach HAINES ist dies immer dann der Fall, wenn dem Betroffenen die Möglichkeit zusteht, rechtswirksam auf den Rechtsschutz für das betreffende Gut zu verzichten, d.h. in die Rechtsgut-

100. KLEINHEYER, S. 473 ff.

101. KELLMANN, S. 84, S. 110 ff, vgl. auch S. 103 ff.

102. KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 94.

103. REEB, S. 37 und S. 38 ff; vgl. auch WILHELM, S. 31 ff, S. 56.
Ansätze dafür schon bei WILBURG, S. 114.

104. REEB, S. 40.

105. REEB a.a.O.; KLEINHEYER, S. 475; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 91 ff;
KELLMANN, S. 91 ff und S. 110 ff; WILHELM, S. 92.

inanspruchnahme einzuwilligen¹⁰⁶. Da diese "Aussenwirkung" jedem subjektiven Recht zukommt, ist die Differenzierung zwischen absoluten und relativen Rechten unerheblich¹⁰⁷.

cc. Die Widerrechtlichkeitstheorie

Im Gegensatz zur Zuweisungstheorie, die auf die Unrechtmässigkeit des durch die Bereicherung geschaffenen Zustandes abstellt, sieht die von Fritz SCHULZ begründete Widerrechtlichkeitstheorie die Grundlage der Bereicherungsansprüche in der Widerrechtlichkeit des bereichernden Eingriffs: Herauszugeben ist danach jede Vermögensvermehrung, die der Bereicherte durch widerrechtliches Handeln erzielt¹⁰⁸, da grundsätzlich niemand aus einem widerrechtlichen Eingriff in ein fremdes Recht einen Gewinn machen dürfe¹⁰⁹. Da das Kondiktionsverhältnis bereits durch den widerrechtlichen Eingriff festgelegt wird, braucht die Bereicherung nach SCHULZ nicht auch noch "auf Kosten" des Verletzten erlangt zu sein, zumal er in dieser Formulierung ohnehin kein taugliches Mittel zur Erfassung jener Fälle erblickte, in denen der Bereicherte mehr erlangt, als der Verletzte verloren hat¹¹⁰. Abgestellt werden sollte daher einzig auf die Widerrechtlichkeit einer bereichernden Handlung, wobei SCHULZ selbst die Grundlage der *condictio indebiti* in der Widerrechtlichkeit der Entgegennahme bzw. Vorenthaltung der empfangenen Bereicherung sah¹¹¹.

Diesen "Uebersteigerungen mit denen Fritz SCHULZ der Anerkennung seines Prinzips mehr geschadet als genutzt hat"¹¹² geht JAKOBS aus dem Wege, indem er den Anwendungs-

106. HAINES, S. 93; vgl. auch KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 92.

107. REEB, S. 41; HAINES, S. 69 und S. 89 ff.

108. SCHULZ, S. 479 f: "Die sog. Bereicherungsansprüche sind Ansprüche aus widerrechtlichem Handeln".

109. SCHULZ, S. 443.

110. SCHULZ, S. 441, S. 478 ff.

111. SCHULZ, S. 435, S. 479 f.

112. JAKOBS, S. 155.

bereich der Widerrechtlichkeitstheorie auf die Eingriffskondiktion beschränkt. Im Gegensatz zu SCHULZ soll die Bereicherung nach JAKOBS "auf Kosten" des Verletzten erzielt worden sein, wobei allerdings genügt, "wenn der Erwerb des einen dadurch in Kontakt zum Vermögen des andern steht, dass er die Folge einer Handlung ist, die im Widerspruch zu einem Recht des andern mit vermögensrechtlicher Tragweite steht. ... Nicht jede Vermögensvermehrung durch widerrechtliches Handeln ist eine "ungerechtfertigte Bereicherung", sondern nur die Vermögensvermehrung, die unter Verletzung des Rechts eines andern gemacht ist, und sie ist ungerechtfertigt gegenüber demjenigen, dem das verletzte Recht zusteht"¹¹³. Herauszugeben, weil unrechtmässig, sei der ganze Erwerb, der kausal auf der widerrechtlichen Handlung beruht¹¹⁴. Die Eingriffskondiktion wird damit zu einer Sanktion für widerrechtliches Verhalten, insbesondere wenn JAKOBS sagt, dass eine Rechtsverletzung zur Begründung des Bereicherungsanspruchs auf den widerrechtlich erzielten Gewinn genüge¹¹⁵. Wesentliche Konsequenz ist, dass es der Widerrechtlichkeitstheorie ohne Schwierigkeiten gelingt, den Bereicherungsanspruch bei Gewinnen aus unlauterem Wettbewerb zuzulassen¹¹⁶.

Die von SCHULZ entwickelte Widerrechtlichkeitstheorie "wurde trotz ihrer glanzvollen und im Kern zutreffenden Gedankengänge als zu weitgehend (mit Recht) allgemein abgelehnt"¹¹⁷. So wurde ihr schon von WILBURG entgegengehalten, dass danach etwa "ein Schmied, der sich vertraglich verpflichtet hat, zu bestimmten Zeiten nicht zu hämmern, im Falle des Verstosses gegen diese Pflicht den Gewinn seiner Arbeit während der verbotenen Stunde ausliefern müsste"¹¹⁸. Diese Kritik übersieht weitgehend und

113. JAKOBS, S. 64.

114. JAKOBS, S. 65.

115. JAKOBS, S. 113.

116. JAKOBS, S. 115 ff; vgl. dagegen KELLMANN, S. 144 ff.

117. KELLMANN, S. 83 und S. 108 ff; ferner KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 83 f; KLEINHEYER, S. 471 f; REEB, S. 34; WILHELM, S. 77 ff; ROTHOFELT, AcP 166, S. 246 ff; vgl. auch MOSER, S. 49 ff.

118. WILBURG, S. 105.

m.E. zu Unrecht, dass sowohl nach SCHULZ als auch JAKOBS die Bereicherung nur soweit kondiziert werden kann, als sie durch den Eingriff kausal erlangt wurde, m.a.W. der Eingriff muss *conditio sine qua non* für die Bereicherung sein. Wenn ein Fabrikant mit fremder Kohle seine Energieanlagen speist, ist dieser Eingriff nach JAKOBS eben nicht *conditio sine qua non* für den gesamten Produktionsgewinn, sondern lediglich für die Ersparnis eigener Kohle¹¹⁹.

3. Ausblick auf das anglo-amerikanische Recht

Weder das englische noch das amerikanische Recht kannten ursprünglich einen allgemeinen Anspruch aus "unjust enrichment". Nicht eingeschränkt durch einen Gesetzeswortlaut war es Sache der Rechtsprechung, eine Fülle von Ansprüchen bereicherungsrechtlichen Charakters herauszuarbeiten, die zwar in erster Linie am Einzelfall orientiert waren, sich aber gleichwohl auf einen einheitlichen Grundgedanken reduzieren liessen. 1937 wurde in den USA im "Restatement of the Law of Restitution" das allgemeine Prinzip formuliert, wonach "a person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution"¹²⁰. In England wurde das "Law of Restitution" als solches erst 1966 von GOFF/JONES systematisch erarbeitet und ein "principle of unjust enrichment"¹²¹ wie im amerikanischen Recht aufgestellt¹²².

Nach beiden Rechtsordnungen ist Voraussetzung, dass der Bereicherte einen Vermögensvorteil "at the plaintiff's expense" bzw. "at the expense of another" erlangt haben muss. Weder die englischen noch die amerikanischen Gerichte verlangen indessen zur Begründung oder für den Um-

119. JAKOBS, S. 31, vgl. auch S. 104.

120. Restatement, § 1.

121. GOFF/JONES, S. 14.

122. Zum Ganzen: KELLMANN, S. 20 ff; ZWEIGERT/KOETZ II, S. 263 ff.

fang des Anspruchs einen Vermögensnachteil des Klägers¹²³. KELLMANN gelangt in seiner Analyse des anglo-amerikanischen Rechts zum Schluss, dass "regelmässig an die rechtswidrige Ausnutzung eines fremden identifizierbaren vermögenswerten Rechtsobjekts" angeknüpft werde¹²⁴.

Danach muss etwa der Benützer einer fremden Sache den Wert des Gebrauchs herausgeben¹²⁵ und wer eine fremde Sache verkauft, muss über deren (objektiven) Wert hinaus den Veräusserungserlös erstatten¹²⁶. Den Wert der eigenen Veräußerungsbemühungen kann nur der gutgläubige Veräusserer in Abzug bringen¹²⁷. Unter Berufung auf die "prevention of unjust enrichment" wird schliesslich auch bei Verletzung von Immaterialgüterrechten dem Verletzten Anspruch auf Herausgabe des vom Eingreifer erzielten Gewinns gewährt¹²⁸.

123. HAY, Einführung in das amerikanische Recht (Darmstadt 1975), S. 77; GOFF/JONES, S. 427 ff; Restatement § 128 i; KELLMANN, S. 62.

124. KELLMANN, S. 69.

125. ZWEIGERT/KOETZ II, S. 271 f; KOENIG, S. 182; GOFF/JONES, S. 431 ff; Restatement: "A person who has tortiously used the chattel (bewegliche Sache) of another is under duty of restitution to the owner for the value of the use, although the owner would not have used the chattel and although it was not harmed by the use." (§ 128 i).

126. GOFF/JONES, S. 437; KOENIG a.a.O.

127. GOFF/JONES a.a.O.

128. ZWEIGERT/KOETZ II, S. 272; KOENIG, S. 188 ff und S. 206. Ob Gewinnherausgabe dem Kläger nur bei Verschulden des Eingreifers zusteht, ist zweifelhaft, GOFF/JONES, S. 434 und 455; KOENIG, S. 203, S. 191 N 56.

B. HISTORISCHE GESICHTSPUNKTE

1. Bedeutung historischer Gesichtspunkte für die Auslegung im allgemeinen

"Die Auslegung des Gesetzes besteht in der Feststellung seines wirklichen Sinnes"¹²⁹. Welche Methode für die Ermittlung dieses "wirklichen Sinnes" die richtige sei bzw. welche Elemente für diese massgebend sein sollen, ist Gegenstand ständiger Diskussionen und Meinungsverschiedenheiten in Lehre und Rechtsprechung¹³⁰. Insbesondere ist der Stellenwert historischer Elemente umstritten¹³¹.

Die Haltung des Bundesgerichts zu dieser Frage ist uneinheitlich: Im allgemeinen stellt es der objektiv-zeitgemässen Auslegungsmethode¹³² folgend, nur auf heute massgebliche Gesichtspunkte ab und lehnt Gesetzesmaterialien als für die Auslegung bedeutungslos ab¹³³. Immerhin wird den Materialien als Orientierungshilfe eine gewisse Bedeutung zugestanden¹³⁴. In andern Entscheiden dagegen, erklärt sich das Bundesgericht wiederum an den klar geäusserten Willen des Gesetzgebers gebunden¹³⁵.

Andererseits wird von einem Teil der Doktrin die "objektiv-historische" Auslegungsmethode vertreten¹³⁶. Sie soll namentlich dem Grundsatz der Gewaltentrennung besser gerecht werden¹³⁷: Danach sollen bei der Auslegung einer

129. DESCHENAUX, S. 80; vgl. auch MEIER-HAYOZ zu ZGB 1, N 140; OFTINGER, Ueberblick über die Problematik und einige Hauptpunkte der Interpretation, SJZ 63 (1967) S. 356.

130. Vgl. MEIER-HAYOZ a.a.O. N 140 ff.

131. MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, S. 267 ff.

132. MEIER-HAYOZ zu ZGB 1, N 162 ff.

133. BGE 88 II 482 f; GL.M. Offinger a.a.O., S. 358 f.

134. BGE 100 II 57; 100 II 232. OFFINGER a.a.O., S. 359; vgl. MEIER-HAYOZ, Richter, S. 136 ff.

135. BGE 83 I 179, 73 II 198.

136. So hauptsächlich MEIER-HAYOZ zu ZGB 1, N 151 ff und DESCHENAUX (noch weitergehend) S. 80 ff; vgl. auch TUOR/SCHNYDER, S. 32 f.

137. MEIER-HAYOZ a.a.O., N 152.

Norm vorerst deren historischer Sinn anhand des gesetzgeberischen Willens festgestellt werden. Von diesem soll nur - aber immer - dann abgewichen werden, "wenn die historische Deutung einer Norm sich für die veränderten Lebensverhältnisse als unbefriedigend oder gar untragbar erweist"¹³⁸.

Welcher Auffassung man auch folgt, der historische Sinn einer Norm ist jedenfalls festzustellen, sei es als "Orientierungshilfe", sei es als Grundlage der Auslegung. Zudem trägt die historische Betrachtung zum richtigen Verständnis der Materie bei¹³⁹.

2. Römisches Recht

Die Anfänge der *condictio* liegen im Dunkeln; es scheint jedoch, dass sie auf die Darlehensklage zurückgeht¹⁴⁰: Hatte jemand *sine causa*¹⁴¹ einen Vermögenswert auf einen andern übertragen, so stand dem Eigentümer die *rei vindictio* offen; war aber der Empfänger durch eine *datio* zum Eigentümer geworden, so bedurfte es einer besonderen Rückforderungsklage, der *condictio*¹⁴².

Im Unterschied zu den heutigen Ansprüchen aus ungerechtfertigter Bereicherung ging jedoch die römische *condictio* nicht auf die beim Bereicherten zum Zeitpunkt der Rückforderung vorhandene Vermögensvermehrung¹⁴³, sondern auf das ursprünglich Empfangene: Gegenstand der *condictio* war die empfangene *certa res* oder *certa pecunia*¹⁴⁴. Fiel die *certa res* ersatzlos, d.h. ohne dass ein Surrogat an ihre

138. MEIER-HAYOZ a.a.O., N 154.

139. Aehnlich MEIER-HAYOZ, Richter, S. 268.

140. SAVIGNY, S. 511 f; DERNBURG, Pandekten II, S. 352 (f 138); KASER, S. 191.

141. Dazu KASER, S. 193.

142. JAKOBS, S. 43; WILHELM, S. 19.

143. So OR 64 und BGB 818 III; Die Bereicherungsforderung hat danach einen variablen Umfang. VON TUHR/PETER, S. 502.

144. KASER, S. 192 und S. 194; FLUME in FS Niedermeyer (Göttingen 1953), S. 129.

Stelle trat, dahin, so entfiel ursprünglich auch die *condictio* und der Schuldner wurde befreit¹⁴⁵. Erst seit den spätrepublikanischen Juristen behalf man sich mit einer Fiktion, die eine *perpetuatio obligationis* bewirkte: Hatte der Schuldner den Untergang der Sache zu vertreten, so wurde deren Existenz z.Z. der *litis contestatio* fingiert und der Schuldner wurde zur Erstattung des Sachwertes verurteilt¹⁴⁶. Ebenso führte die unbefugte Veräusserung einer fremden Sache zur *condictio pretii*¹⁴⁷.

Im Anschluss an die christlich beeinflusste öströmische Doktrin wurde schliesslich unter Justinian die Voraussetzung einer Zuwendung (*datio*) für die Kondiktion aufgegeben und unter dem Leitgedanken der Billigkeit, dem *bonum et aequum* und dem *ius naturae* entsprechend, die allgemeine Regel aufgestellt, dass niemand aus dem Nachteil eines andern einen Vorteil schlagen dürfe: "*iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*"¹⁴⁸. Nach wie vor richtete sich jedoch der Umfang der *condictio* auf Rückgabe der ursprünglich empfangenen und nicht auf die bei der Rückforderung (noch) vorhandene Bereicherung. Verbunden mit der Vorstellung, dass der zu kondizierende Vermögenswert aus dem einen Vermögen in das andere übergegangen sein müsse - dass also eine eigentliche Vermögensverschiebung stattgefunden habe - ergab sich zwangsläufig, dass der Bereicherung eine Entreichung des Klägers entsprach¹⁴⁹.

145. Vgl. KELLMANN, S. 77; KASER, S. 152.

146. KASER, S. 152 und 194. Bei Geld und andern vertretbaren Sachen kam ein Wegfall der Haftung überhaupt nicht in Betracht: Verbrauchtetes Geld und Getreide wurde als noch im Vermögen des Schuldners vorhanden fingiert. Vgl. KELLMANN a.a.O.

147. Die *condictio pretii* geht vermutlich auf Julian zurück, KASER, S. 194; vgl. dazu auch WILHELM, S. 27.

148. POMPONIUS D. 12.6.14; ähnlich auch D. 50.17.206; KASER, S. 195, JAKOBS, S. 46; ZWIEGERT/KOETZ II, S. 248.

149. JAKOBS und KASER a.a.O.

3. Allgemeines Recht

a. Zur Bereicherungslehre SAVIGNY's

Beeinflusst durch den römischen Gedanken, dass sich niemand zum Schaden eines andern bereichern dürfe, sah SAVIGNY den Bereicherungsanspruch als Anspruch wegen Rechtsverletzung¹⁵⁰. Denn wenn er sagt, dass der wahre Grund der Kondiktionen im "Zurückfordern des aus unserm Vermögen Ausgegangenen" bestehe¹⁵¹, so versteht er unter "Vermögen" den Inbegriff aller subjektiven Rechte, deren Objekt Geldwert besitzt¹⁵². Nach SAVIGNY gehören die Kondiktionen zum "einfachen Rechtsschutz", also zu den Klagen "auf Abwehr oder Herstellung, ... wenn die wahre Rechtsgrenze zwischen zwei Personen verrückt worden ist. Der Rechtsschutz also besteht in der Zurückführung des tatsächlichen Zustands auf das wahre Rechtsgebiet, also in der Beseitigung einer Herrschaft, die von Demjenigen ausgeübt wird, dem sie nicht gebührt."¹⁵³ In dieser Eigenschaft ergänzten die Bereicherungsansprüche den Schutz des Eigentums und der ihm verwandten Rechte¹⁵⁴. Das gemeinsame Prinzip aller Kondiktionen sah SAVIGNY in der "Erweiterung eines Vermögens durch Verminderung eines andern Vermögens"^{154a}, wobei vorausgesetzt sei, "dass Dasjenige, welches dem Andern zur Bereicherung diene, vorher schon wirklich einmal zum Vermögen Dessen gehört habe, welcher darauf eine Condictio gründen will"¹⁵⁵.

Gerade in dieser letzten Aussage SAVIGNY's sah die deutsche Lehre die Weichenstellung "für ein noch heute fort-

150. SAVIGNY, Band V, S. 523 ff.

151. SAVIGNY, Band V, S. 567.

152. SAVIGNY, Band IV, S. 137, 51 N b.

153. SAVIGNY, Obligationenrecht, Band II (Berlin 1853), S. 293 f.

154. SAVIGNY, Band V, S. 107 und 515; ders. Obligationenrecht, Band II (Berlin 1853), S. 294. Beeinflusst war SAVIGNY dabei von KANT, nach welchem der privatrechtliche Eigentumsschutz die Sanktionierung eines vorangegangenen Unrechts beinhaltet. Dazu JOERGES, S. 287 (mit Zitaten).

154a SAVIGNY, Band V, S. 525.

155. SAVIGNY, Band V, S. 526 f.

wirkendes Missverständnis des Bereicherungsrechts"^{155a}, weil man davon ausging, dass nach SAVIGNY - orientiert am römischen Modell - ein Bereicherungsanspruch eine Vermögensverschiebung und damit einen der Bereicherung entsprechenden Schaden voraussetze. Indes hat vor kurzem WILHELM in Frage gestellt¹⁵⁶, ob SAVIGNY damit tatsächlich gemeint habe, dass die Bereicherung des Schuldners vorher gegenständlich zum Vermögen des Gläubigers gehört habe. Früher hatte bereits ARENDTS dazu gesagt, dass dieser Satz falsch wäre, "wenn er so verstanden würde, dass was dem Andern zugekommen ist, vorher im Vermögen des Condi- zenten gewesen sein müsse"¹⁵⁷. Nach WILHELM löst sich der Widerspruch, wenn SAVIGNY beim Wort genommen werde: "Nicht dasjenige, worin die Bereicherung des andern besteht, muss vorher schon wirklich einmal zum Vermögen des Gläubigers gehört haben, sondern es ist nötig, dass Dasjenige, welches dem Andern zur Bereicherung d i e n t e, vorher schon wirklich einmal zum Vermögen Dessen gehört habe, welcher d a r a u f eine Condition gründen will."¹⁵⁸ Danach muss der Kläger nachweisen, dass seine Rechtsgüter dem Bereicherten zur Bereicherung dienten, dass m.a.W. die Bereicherung mit Hilfe von Rechtsgütern des Gläubigers erzielt wurde.

b. Zur Bereicherungslehre WINDSCHEID's

Bei diesem Verständnis von SAVIGNY's Bereicherungslehre, löst sich auch der scheinbare Widerspruch zu derjenigen WINDSCHEID's. Im Gegensatz zum römischen Recht orientierte nämlich WINDSCHEID die Bereicherung nicht mehr konkret am Gegenstand einer Vermögensverschiebung, sondern abstrakt am Vermögen des Schuldners, wobei er auch die Entwicklung der Bereicherung im Empfänger Vermögen mitberück-

155a KELLMANN, S. 76; ferner JAKOBS, S. 50; WILBURG, S. 15.

156. WILHELM, S. 31 ff.

157. ARENDTS, Lehrbuch der Pandekten (13. Auflage, Stuttgart 1886), S. 662; dazu auch JAKOBS, S. 49, insbes. N 134.

158. WILHELM, S. 32.

sichtigte¹⁵⁹: "Bereicherung ist (aber) nicht bloss die ursprüngliche Vermögensvermehrung, sondern auch das aufgrund derselben später Erworbene. Hinterheriger Wegfall der Bereicherung schliesst die Verpflichtung aus, ..." ¹⁶⁰. Konsequenterweise hielt WINDSCHEID auch nicht am Erfordernis einer Vermögensverschiebung fest: "Aus fremdem Vermögen" sei eine Bereicherung nicht bloss, "wenn durch den Inhalt der Thatsache, welche die Bereicherung begründet, die Verminderung des fremden Vermögens von selbst gegeben ist, sondern auch dann, wenn sie durch Mittel des fremden Vermögens, durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe, Belastung, Nichtvermehrung des fremden Vermögens bewirkt worden ist" ¹⁶¹.

4. Zur Entstehungsgeschichte von Art. 62 OR

Als wissenschaftliche Grundlage des OR - wie auch des BGB - muss die jüngere Pandektenwissenschaft betrachtet werden ¹⁶².

Zum Bereicherungsrecht sind die Gesetzesmaterialien allerdings wenig ergiebig ¹⁶³; insbesondere zur Wendung "aus dem Vermögen eines andern" finden sich weder in der Botschaft des Bundesrates noch in den stenographischen Bulletins Erläuterungen ¹⁶⁴.

1877 wurde Prof. Fr. VON WYSS von der Redaktionskommission des OR beauftragt, das seit dem Entwurf von MUENZINGER (1871) unverändert gebliebene Bereicherungsrecht zu überarbeiten. VON WYSS gab dem schweizerischen Bereicherungs-

159. Vgl. dazu FLUME, "Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht", in FS Niedermeyer (Göttingen 1953), S. 145 ff.

160. WINDSCHEID, § 424.1.

161. WINDSCHEID, § 421.2. Vgl. auch ZWEIGERT/KOETZ II, S. 248/9.

162. BUCHER, Allg. Teil OR, S. 16; VON TUHR/PETER, S. 515.

163. Vgl. die Zusammenstellung bei BUSSY, S. 7 f und S. 17 ff, Nr. 7 ff.

164. Vgl. Botsch. BR 1905, S. 17 und 1909, S. 10; Prot. Exp. komm. vom 8. Mai 1908, S. 9 f; Sten. Bull. 19, S. 489 ff (NR) und 20, S. 167 f (StR).

recht seine heutige Gestalt und ist daher als dessen "geistiger Vater" anzusehen¹⁶⁵. In seinem Bericht "Motive zu der aufgrund der Commissionsbeschlüsse vom September 1877 bearbeiteten neuen Redaktion des allgemeinen Theiles des Entwurfs zu einem schweizerischen Obligationen-rechte"¹⁶⁶ finden sich die einzigen aufschlussreichen Quellen, die Auskunft über die Entstehungsgeschichte und die Beweggründe des Gesetzgebers zur Gestaltung des heutigen Bereicherungsrechts geben.

VON WYSS hatte anstelle der Formulierung "aus dem Vermögen eines andern", die Wendung "auf Kosten eines Andern" vorgeschlagen und dazu bemerkt, dass jener Ausdruck "vielleicht etwas zu enge, der andere etwas zu weit" sei¹⁶⁷. Zwar begriff auch VON WYSS den Bereicherungsvorgang als Vermehrung eines Vermögens "mit der Verminderung" eines andern, sah aber in der fraglichen Formulierung lediglich das Erfordernis eines direkten sachlichen Zusammenhanges zwischen den Vermögensveränderungen, indem "der Abbruch des einen, für den andern Zuwachs geworden ist"¹⁶⁸. Mithin sah VON WYSS darin die Voraussetzung einer Vermögensverschiebung. Indes wollte er keineswegs den Umfang des Anspruchs auf denjenigen der Entreicherung beschränkt wissen: Wie WINDSCHEID orientierte er die Bereicherung abstrakt am Vermögen des Schuldners, weil die Tatsache der Bereicherung als solche der einzige Verpflichtungsgrund sei. "Dabei versteht es sich, dass pretium succedit in locum rei und umgekehrt, mit anderen Worten, dass jeder an Stelle des ursprünglichen Gewinns getretene oder demselben zugewachsene Vorthail gleichfalls als Bereicherung gilt"¹⁶⁹. Danach aber kann die Bereicherung durchaus grösser sein als die Entreicherung, denn was der Berei-

165. Ausführlich dazu BUSSY, S. 19 f; WITTMANN, S. 21.

166. Bern 1877; Bereicherungsrecht S. 10 ff.

167. VON WYSS, Motive, S. 10; vgl. dazu die Verhandlungen zur Redaktion des BGB, MUGDAN a.a.O. II, S. 1170 f; KELLMANN, S. 78 f; vgl. auch oben, S. 70.

168. VON WYSS, Motive, S. 11; vgl. auch BECKER zu OR 62, N 7.

169. VON WYSS, Motive, S. 17 f.

Dass VON WYSS Bereicherung und Gewinn als dasselbe betrachtet, erhellt auf S. 11 (oben).

cherung im Empfänger Vermögen als Vorteil hinzuwächst, braucht dem Kondiktionsgläubiger durchaus nicht entgangen zu sein. Massgebend ist einzig, dass zwischen dem Verlust des einen und dem Gewinn des andern ein sachlicher Zusammenhang besteht.

An sich muss allein schon die Tatsache, dass das Erfordernis einer der Bereicherung entsprechenden Entreicherung in den Materialien nirgends erwähnt wird, Skepsis gegenüber diesem wecken. Es ist kaum anzunehmen, dass eine Voraussetzung, durch die sowohl der Umfang des Bereicherungsanspruchs, aber auch der Anwendungsbereich des Bereicherungsrechts überhaupt, wesentlich bestimmt, bzw. beschränkt wird, einfach stillschweigend oder gar als selbstverständlich hingenommen worden wäre¹⁷⁰, umso mehr, als man um die gegensätzliche Lehre WINDSCHEID's wusste. Jedenfalls ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass die Voraussetzung, einer der Bereicherung umfangmässig entsprechenden Entreicherung, nicht auf gesetzgeberischem Willen beruht.

5. Aelteres Schrifttum zum schweizerischen Bereicherungsrecht

Wesentlicher Unterschied zum römischen Recht ist, dass die modernen Kodifikationen - so Art. 64 OR und § 818 Abs. 3 BGB - für den Umfang der Bereicherung auf den Zeitpunkt der Rückforderung abstellen. Dadurch aber hat die Bereicherung einen variablen Umfang¹⁷¹, der von deren Entwicklung im Empfänger Vermögen abhängt: In der Zeit zwischen dem Eintritt der Bereicherung und der Rückforderung kann sich die Bereicherung sowohl vergrössern als auch verringern.

170. Für das deutsche Recht ähnlich: WILBURG, S. 107.

171. VON TUHR/PETER, S. 502; AEBLI, S. 48; HAGEN, S. 871.

Entsprechend dem Gesagten war AEBLI - der 1912 die erste Gesamtdarstellung des schweizerischen Bereicherungsrechts veröffentlichte - der Auffassung, dass sich ein Bereicherungsanspruch auf eine die Entreicherung übersteigende Bereicherung ohne weiteres mit dem aktuellen Gesetzestext vereinbaren lasse. Im Anschluss an JUNG sagt er: "..., es handelt sich ja nicht um eine abstrakte Wertsumme, sondern um einen konkreten identifizierbaren Wert; dieser kann in den Händen des Bereicherten sich verändert haben, insbesondere durch Verstärkung der zum Schutze dieses Genusses bestimmten Rechtsansprüche gewachsen sein, ohne doch seine Identität zu verlieren, und darum auch ohne dass man gehindert wäre, ihn als aus jenem Vermögen stammend zu bezeichnen"¹⁷². AEBLI sieht eine Bereicherung aus dem Vermögen eines andern auch darin, dass jemand durch den Gebrauch einer fremden Sache einen Vermögenszuwachs erzielt habe. Liege diesfalls überhaupt eine Vermögensverminderung des Klägers vor, so brauche diese durchaus nicht mit demjenigen übereinzustimmen, was der Bereicherte dadurch empfangen habe¹⁷³. Darin aber liegt auch eine klare Ablehnung des Erfordernisses einer Vermögensverschiebung. Nach AEBLI kann daher die Bereicherung sowohl grösser als auch kleiner sein, als der Wert des ursprünglich Erlangten; grösser, wenn der Empfänger aus der Vermögensvermehrung anderweitige Vorteile gezogen oder Ausgaben erspart habe. In diesem Falle "umfasst der Bereicherungsanspruch natürlich sämtliche anderen Vorteile aus dem Empfange"¹⁷⁴. Danach umfasst die Bereicherung auch die aus dem Erlangten gezogenen Nutzungen¹⁷⁵, namentlich jeden Durchschnittsgewinn, "d.h. ein Gewinn, den jeder vernünftige Mensch hätte erzielen können"¹⁷⁶. Insbesondere der bösgläubige Empfänger hat nach AEBLI nicht den dem Rückforderer ent-

172. AEBLI, S. 19; JUNG, S. 192.

173. AEBLI, S. 22.

174. AEBLI, S. 50.

175. AEBLI, S. 56 f; vgl. aber auch S. 52 f.

176. AEBLI, S. 59. Nach AEBLI a.a.O., sollen dagegen besonders grosse Gewinne, die in der Persönlichkeit des Empfängers liegen, diesem verbleiben, soweit sie das Durchschnittliche übersteigen. (Vgl. dazu auch KELLMANN, S. 137 ff).

standenen Schaden zu ersetzen, sondern dasjenige, um das sich sein Vermögen durch die Bereicherung in Wirklichkeit vermehrt hat¹⁷⁷.

In diesem Sinne entschied auch das Kantonsgericht Waadt in einem Entscheid vom 13. Juni 1893: Die Bereicherte konnte ein Paar Handschuhe nicht zurückerstatten, weil sie diese verkauft hatte und zwar mit einem Gewinn von 33 %. Das Gericht verurteilte sie zur Erstattung des Wertes der Handschuhe inklusive ihres Gewinnes von 33 %¹⁷⁸.

Es war - wenn ich richtig sehe - OSER, der für das schweizerische Recht erstmals die abweichende Meinung formulierte: Regelmässig werde das Vermögen des einen um den Betrag des andern ärmer. Es sei zwar denkbar, dass der Bereicherte einen Gewinn schaffe, ohne dass dem auf der anderen Seite ein Verlust gegenüber zu stehen brauche. "Decken sich ökonomische Besser- und Schlechterstellung auf beiden Seiten nicht, so gilt als Bereicherung im Sinne des Artikels nur der geringere Betrag"¹⁷⁹. Konsequenz davon aber ist, dass der Umfang der Bereicherung nach oben auf deren Umfang zum Zeitpunkt ihres Eintritts limitiert wird. Eine Begründung für diese sowohl vom gesetzgeberischen Willen als auch von der auf der Gemeinrechtslehre fussenden Lehre AEBLI's abweichenden Auffassung bleibt uns OSER schuldig. Ob er allenfalls auf das römische Recht zurückgegriffen und dabei aber übersehen hat, dass dieses - abweichend von OR 64 - für den Umfang der Bereicherung auf den Zeitpunkt ihres Eintritts abstellte, muss offen bleiben; ein anderer Grund jedenfalls ist nicht ersichtlich. Feststeht, dass diese Auffassung in der Folge von den Gerichten, wie auch von der Lehre unbesehen übernommen und akzeptiert wurde, wenngleich sie verschiedentlich - insbesondere im Bereich des gewerblichen Rechts-

177. AEBLI, S. 68.

178. Journal des Tribunaux, 1893, S. 432.

179. OSER, Kommentar zu OR 62 (Zürich 1915), II.2.

schutzes¹⁸⁰ - als ungewünschte Einschränkung des bereicherungsrechtlichen Anwendungsbereichs empfunden wurde.

C. GRAMMATISCHE GESICHTSPUNKTE

Der Wortlaut einer Gesetzesnorm bildet die Grundlage ihrer Auslegung¹⁸¹. Diese darf sich jedoch nicht in der Auswertung der verwendeten Wörter erschöpfen. Denn die wortjuristische Auslegungsmethode oder Wortinterpretation wird männiglich als niedrigen Kulturformen entsprechend abgelehnt¹⁸². Vielmehr ist der Wortlaut als Ausgangspunkt zu benutzen, um den dahinter stehenden Sinn zu ergründen. Dabei ist einerseits zu beachten, dass das was im Gesetz nicht klar zum Ausdruck kommt, für den Interpreten grundsätzlich nicht existiert, andererseits darf die Bedeutung des Wortlauts nicht überbewertet werden, da schweizerische Gesetze nicht streng wissenschaftlich abgefasst sind¹⁸³. Zutreffend sagt OFTINGER, "dass der Wortlaut eines Gesetzes manchmal nur ganz rudimentäre Gedanken, Code-Zeichen gleich, enthält"¹⁸⁴.

Die schweizerische Lehre stützt die Interpretation¹⁸⁵ der uns beschäftigenden Gesetzesstelle auf den Wortlaut von OR 62: Der Umfang der Bereicherung könne über den der Entreichung nicht hinausgehen, weil sie "aus dem Vermögen eines andern" stammen müsse¹⁸⁶. Andererseits aber wird von Doktrin¹⁸⁷ und Praxis¹⁸⁸ der deutsche Wortlaut von OR 62 als zu eng abgelehnt und festgestellt, dass der französische

180. AMREIN, S. 16 N 82; TH. FISCHER, S. 30 ff; TROLLER, Rechtsschutz, S. 229; vgl. auch HOTZ, S. 32 und TRACHSLER, S. 108.

181. MEIER-HAYOZ zu ZGB 1, N 184; DESCHENAUX, S. 87.

182. Dies ergibt sich aus ZGB 1.I; vgl. MEIER-HAYOZ, Richter, S. 40 f; DESCHENAUX, S. 81.

183. DESCHENAUX, S. 87/9; nach OFTINGER, SJZ 63, 358, können Wort und Sinn im Ergebnis der Auslegung auseinander gehen.

184. OFTINGER, a.a.O., S. 357.

185. Vgl. oben, S. 65 f.

186. BGE 99 II 146; OSER/SCHOENENBERGER zu OR 62, N 7; MOSER, S. 44.

187. AEBLI, S. 17 ff; BECKER zu OR 62, N 5; VON BUEREN, OR Allg. Teil, S. 308; OSER/SCHOENENBERGER zu OR 62, N 8; MERZ/KUMMER, SJK 1037; WENNER, S. 56; A.M. MOSER, S. 45.

188. BGE 47 II 324, Erw. 3; BGE 20, 216; 22, 93.

Ferner BGE 71 II 97; ZR 44, Nr. 105, S. 229.

sische Text "aux dépens d'autrui", also "auf Kosten eines anderen", massgebend sei. Dies wiederum entspricht der Formulierung in § 812 BGB. Die sich aus dieser Erkenntnis ergebenden Konsequenzen für den Umfang der Bereicherung und den Anwendungsbereich des Bereicherungsrechts überhaupt wurden indessen bis heute nicht gezogen. Man kann nicht umhin festzustellen, dass die Auslegung der schweizerischen Doktrin diesbezüglich wort-iuristisch ist.

D. SYSTEMATISCHE GESICHTSPUNKTE

1. Bedeutung des systematischen Elementes für die Auslegung im allgemeinen

Eine auszulegende Vorschrift darf nicht isoliert betrachtet werden, sondern muss im Zusammenhang mit dem übrigen Gesetz sowie der ganzen Rechtsordnung und deren leitenden Grundsätzen gesehen werden¹⁸⁹.

Es ist danach zu fragen, mit welchen Bestimmungen die auszulegende Norm in Verbindung steht, um daraus die Grundhaltung des Gesetzes zu ermitteln¹⁹⁰. Missachtung dieses Gebotes verletzt sowohl das Postulat der Rechtsgleichheit (BV 4) als auch der Rechtssicherheit.

2. Stellung und Funktion von Art. 62 Abs. 1 und Art. 64 OR im System des schweizerischen Bereicherungsrechts

Neben Vertrag und unerlaubter Handlung nennt das schweizerische Obligationenrecht die ungerechtfertigte Bereicherung als dritten Entstehungsgrund von Verbindlichkeiten im Allgemeinen Teil¹⁹¹. Gleich wie bei der Entstehung

189. DESCHENAUX, S. 90 ff; MEIER-HAYOZ zu ZGB 1, N 188 ff.

190. DESCHENAUX, S. 91 ff; vgl. auch ROTH, S. 376.

191. Erster Teil, dritter Abschnitt: Die Entstehung (der Obligation) aus ungerechtfertigter Bereicherung.

einer Obligation aus Vertrag (OR 1) und aus unerlaubter Handlung (OR 41) stellt das Gesetz der Regelung die allgemeine Bereicherungsklage an den Anfang (OR 62.I), wodurch das allgemeine Prinzip zur Begründung des Anspruchs, in Form einer Generalklausel zum Ausdruck gebracht wird, durch die alle Einzelfälle allgemein umschrieben werden¹⁹². Dieses Grundprinzip wird danach für einzelne Fälle in OR 62.II und OR 63 präzisiert; die daran anknüpfenden Rechtswirkungen sind in OR 64 und 65 geregelt - so der klare Aufbau des Gesetzes.

Wer aber - wie etwa die herrschende schweizerische Lehre - sagt, dass dem Bereicherungskläger höchstens der Ersatz seiner Vermögenseinbusse zukomme, weil OR 62.I nur die Rückforderung der "aus dem Vermögen" des Klägers stammenden Bereicherung gestatte¹⁹³, beschlägt mit dieser Aussage nicht die Begründung des Anspruchs, sondern den Umfang der Rückerstattung, der aber an sich in OR 64 und 65 geregelt ist. Mithin wird dadurch der Umfang der Rückerstattung doppelt begrenzt: Einerseits durch die dem Bereicherten zugeflossenen Vorteile, andererseits - betragsmässig nach oben - durch die Vermögenseinbusse des Betroffenen. M.a.W. das Erfordernis einer der Bereicherung entsprechenden Entreicherung steht im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung über den Umfang der Rückerstattung und es darf jedenfalls nicht aus der *lex generalis* des Art. 62 korrigiert werden¹⁹⁴. Wie bereits gesagt, stellt OR 64 für die Bemessung der Rückerstattung auf deren Umfang zum Zeitpunkt der Rückforderung ab. Lediglich der gutgläubige Bereicherte soll insofern bevorzugt sein, als er durch die Rückforderung keine Vermögenseinbusse erleiden soll; er hat das Erlangte daher auch nur insoweit zurückzugeben,

192. BECKER, Vorbem. zu OR 62-67, N 1; BUSSY, S. 31 ff, insbes. N 33 und 35; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, N 834; OSER/SCHOENENBERGER zu OR 62, N 1; ebenso auch schon VON WYSS, Motive, S. 10.

193. BGE 99 II 146; vgl. auch oben, S. 66.

194. Dazu VON CAEMMERER, S. 377; WILBURG, S. 107; WILHELM, S. 53. Auch im Haftpflichtrecht bietet der Schadensbegriff nach OR 41 nur ein allgemeines Kriterium, der Umfang des Schadens ist mittels Schadensberechnung zu ermitteln. Vgl. OPTINGER I, S. 66.

als er zum Zeitpunkt der Rückforderung nachweisbar noch bereichert ist. Dem aber steht nicht entgegen, dass auch dasjenige herauszugeben ist, das eine allfällige Entreichung des Klägers übersteigt, wird doch der Bereicherte dadurch nicht zum Griff in die eigene Tasche gezwungen sondern lediglich zur Herausgabe dessen, was in seinem Vermögen ein "Zuviel" darstellt.

2. Systematische Stellung des Bereicherungsrechts im Privatrecht und seine Beziehung zu anderen Instituten

a. Bereicherungsrecht und Schadenersatzrecht

(Die Beziehungen zwischen Bereicherungs- und Schadenersatzrecht sind bereits im 1. Teil der vorliegenden Arbeit untersucht worden. Es wird hier nur zu Fragen Stellung genommen, die für die konkrete Untersuchung von Bedeutung sind, im übrigen sei auf den Einleitungsteil (§ 3) verwiesen.)

Das Erfordernis einer der Bereicherung entsprechenden Vermögenseinbusse auf Seiten des Klägers als Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs beruht auf schadenersatzrechtlicher Betrachtungsweise des Bereicherungsrechts¹⁹⁵. Deutlich wird dies in BGE 99 II 146, wo der Zweck des Bereicherungsrechts gleichsam im Ausgleich einer Vermögenseinbusse gesehen wird. Ausdrücklich sagt schliesslich MOSER, dass der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung dem wirtschaftlichen Erfolg nach nichts anderes als "eine auf die Bereicherung des Verletzers begrenzte Schadenersatzforderung" darstelle¹⁹⁶. Mit AMREIN ist festzustellen, dass es im Hinblick auf diese Situation konsequenter wäre "statt von Aehnlichkeit zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht von Identität zu sprechen, was die Materialität der Einbusse betrifft"¹⁹⁷.

195. Aehnlich auch VON BUEREN, OR Allg. Teil, S. 309.

196. MOSER, S. 49.

197. AMREIN, S. 16 N 82; ähnlich auch KELLMANN, S. 72.

Richtig ist, dass Schadenersatz- und Bereicherungsrecht rechtspolitisch ähnliche Ziele anstreben: Beide dienen letztlich der Verteidigung der einem Subjekt durch die Rechtsordnung zugewiesenen Güter¹⁹⁸. Bei dieser Gemeinsamkeit muss es indes sein Bewenden haben. Die quasi-deliktsche Betrachtungsweise der schweizerischen Lehre übersieht, dass die beiden Institute den Güterschutz in entgegengesetzter Richtung verfolgen: Während das Schadenersatzrecht den Ausgleich einer widerrechtlich erlittenen Vermögenseinbusse des Klägers bezweckt, mithin an der Differenz zweier Vermögenslagen des Verletzten vor und nach Eintritt eines schädigenden Ereignisses anknüpft¹⁹⁹, beschlägt das Bereicherungsrecht ungerechtfertigte Vermögensvorteile des Beklagten, knüpft somit an der Differenz zweier Vermögensstände des Bereicherten vor und nach Eintritt eines bereichernden Ereignisses an.

Als Konsequenz ergibt sich daraus einmal, dass Schaden und Bereicherung grundsätzlich von einander unabhängig eintreten können und sich der Höhe nach nicht zu decken brauchen. Zum andern erhellt, dass das Bereicherungsrecht insbesondere hinsichtlich des Anspruchsinhaltes nicht im engeren systematischen und funktionellen Zusammenhang mit dem Schadenersatzrecht gesehen werden darf; für beide Institute gelten unterschiedliche Grundsätze²⁰⁰. Insbesondere dürfen Grundsätze des Haftpflichtrechts nicht unbesehen auf das Bereicherungsrecht übertragen werden. Wer aber sagt, der Bereicherungsanspruch sei auf den Umfang der Entreicherung des Klägers limitiert, wendet das schadenersatzrechtliche Prinzip, Schadenersatz dürfe nicht zu einer Bereicherung des Geschädigten führen²⁰¹, auf das Bereicherungsrecht an. Dies aber ist ebenso unzulässig

198. VON CAEMMERER, S. 353; KLEINHEYER, JZ 1970, S. 473; KOEBL, S. 156. Nach KAEHLER, S. 129, handelt es sich dabei um sogenannte "repressive Rechtsbehelfe zur Verteidigung von subjektiven Rechten und anderen zugewiesenen Sphären." Vgl. auch S. 130.

199. Vgl. OFTINGER I, S. 54.

200. BUCHER, OR Allg. Teil, S. 596; VON BUEREN, OR Allg. Teil, S. 309; KELLMANN, S. 72/3; ESSER, Schuldrecht II, § 104.I, S. 363; KAEHLER, S. 130.

201. OFTINGER I, S. 66 und S. 178.

wie die Uebertragung des bereicherungsrechtlichen Grundsatzes auf das Schadenersatzrecht, dass die Rückerstattungspflicht des Bereicherten grundsätzlich nicht zu einer Vermögenseinbusse des Bereicherten führen dürfe²⁰².

b. Bereicherungsrecht und Eigentums- bzw. Besitzerschutz

aa. Funktionelle Verwandtschaft der Institute

Dagegen liegt es nahe, den Bereicherungsanspruch im systematischen und funktionellen Zusammenhang mit der Vindikation (Art. 641.II ZGB) und dem Herausgabeanspruch aus Besitzesrecht (Art. 938 ff ZGB) zu sehen²⁰³.

Im Unterschied zum Schadenersatzanspruch - durch den eine Vermögensverminderung des Klägers ausgeglichen werden soll - geht es bei diesen Ansprüchen um die Rückforderung von Sachen bzw. Vermögensteilen aus der Herrschaft des Beklagten und zwar, weil sie diesem objektiv nicht gehören oder zustehen²⁰⁴. Wie WILHELM sagt, handelt es sich beim Eigentums- und Bereicherungsanspruch um negatorische Ansprüche, die im Gegensatz zum Deliktanspruch stehen. Mit PICKER sieht er dabei das entscheidende Moment des negatorischen Tatbestands in der rechtsusurpierenden Position des Gegners²⁰⁵. Diese Position ist es, die der Usurpator fremder Güter bzw. fremden Eigentums aufzugeben hat: M.a.W. im Vermögen des Beklagten soll der Zustand wieder hergestellt werden, wie er ohne den rückgängig zu machenden Besitzes- bzw. Vermögenserwerb wäre; es geht demnach

202. VON TUHR/PETER, S. 502; vgl. auch GUHL/MERZ/KUMMER, S. 210.

203. Dazu gehört auch der Anspruch auf Herausgabe der Vorteile gem. OR 423. KAEHLER fasst diese Ansprüche im Begriff Restitutionsansprüche zusammen, S. 129. (Dazu auch COSTEDE, S. 45 f; vgl. USA: "Restatement of Restitution".) Ebenso dienen nach VON CAEMMERER (S. 353) diese Ansprüche dem Güterschutz.

204. Nach ED. KELLER, S. 18, liegt ein Mangel in dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis vor.

205. WILHELM, S. 80; PICKER, S. 49 ff, insbes. S. 51 (vgl. auch S. 25 ff). Ebenso KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 16; FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 97.III, S. 563.

um das Abschöpfen unrechtmässiger Vorteile aus dem Vermögen des Beklagten²⁰⁶.

Bereits SAVIGNY sah in der Kondiktion eine Ergänzung der Ansprüche aus dem Eigentum²⁰⁷ und ähnlich versteht WILBURG die Bereicherungsansprüche als "Fortbildung des Eigentums-schutzes "und stellt sie" in die Reihe jener Ansprüche, ... die dem Eigentumsgedanken dienen"²⁰⁸. Nach KLEINHEYER bieten sie "eine Parallele und Ergänzung zu den übrigen Vorschriften, die ebenfalls Rechtsfortwirkung hinsichtlich der Erzeugnisse, Nutzungen und Surrogate regeln"²⁰⁹. STARK stellt fest, dass der Herausgabeanspruch aus Besitzesrecht das gleiche Resultat wie der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung bezwecke, nämlich "die Rückerstattung der in Frage stehenden Sache (in natura)"²¹⁰. Ebenso weist KOEBL auf die funktionelle Parallelität von Vindikation und Kondiktion hin: "Die Vindikationsbestimmungen haben tatbestandlich-begrifflich mit den Bereicherungsvorschriften einen sehr grossen Anwendungsbereich gemeinsam"²¹¹. Auch VON TUHR/PETER und OFTINGER sehen die funktionelle Verwandtschaft der Institute, wenn sie sagen, dass der Unterschied zwischen diesen im wesentlichen darin bestehe, dass die Vindikation die Wiederverschaffung des Besitzes, die Kondiktion die Wiederverschaffung des Eigentums verfolge²¹². Ausdrücklich stellt BUCHER schliesslich fest, "dass Kondiktion und Vindikation gleiche Funktionen haben und sachlogisch soweit als möglich einheitlichen Grundsätzen unterstellt werden

206. SCHULZ, AcP 105, S. 5 und S. 445; PICKER, S. 157; ferner STARK, Vorbem. zu ZGB 938-940, N 1 f; VON BUEREN, OR Allg. Teil, S. 295; ESSER, Schuldrecht II, § 104.I.1.a., S. 330 f. Oben, S. 12.
207. SAVIGNY, Band V, S. 107 und S. 515 und Obligationenrecht II (Berlin 1953), S. 293 f.
208. WILBURG, S. 35; ebenso VON CAEMMERER, S. 353.
209. KLEINHEYER JZ 1970, S. 473; ROTH, S. 377 f.
210. STARK, Vorbem. zu ZGB 930-937, N 64; ebenso WENNER, S. 163; vgl. auch HINDERLING, S. 508; ED. KELLER, S. 18 ff.
211. KOEBL, S. 200 und S. 280; vgl. auch LIVER, S. 25 ff und MEIER-HAYOZ zu ZGB 641 N 39 ff, insbes. N 53.
212. VON TUHR/PETER, S. 513; OFTINGER, Diss., S. 132 (vgl. auch S. 119 ff); SIMONIUS, S. 57 ff. Wenngleich diese Aussage wohl zu eng ist: Der Bereicherungsanspruch restituiert ja nicht nur Eigentum, sondern Vermögen generell.

sollen, und dass sie sich in der Rechtstradition in enger Verbindung entwickelt haben". Diese Feststellung soll die analogieweise Anwendung einzelner sachenrechtlicher Grundsätze bei der Berechnung der Bereicherung begründen²¹³.

bb. Vergleich zwischen dem Umfang der Herausgabeansprüche nach Art. 938 ff ZGB und Art. 64 OR

Es wurde festgestellt, dass sich das Erfordernis eines der Bereicherung entsprechenden Schadens auf den Umfang der Rückerstattung auswirkt. Nach dem Gesagten drängt sich daher ein Vergleich zwischen den Bestimmungen über den Umfang der Rückerstattung im Bereicherungsrecht und beim Herausgabeanspruch aus dem Eigentum bzw. dem Besitzesrecht auf. Vorwegzunehmen ist, dass die Art. 938 ff ZGB sowohl für den Anspruch aus Besitzesrecht als auch für die Vindikation nach Art. 641.II ZGB massgebend sind²¹⁴.

aaa. Abhängigkeit des Umfanges der Herausgabeansprüche vom guten Glauben des Beklagten

Der Umfang des Herausgabeanspruches sowohl gegen den unrechtmässigen Besitzer als auch gegen den ungerechtfertigt Bereicherten hängt von deren guten Glauben ab²¹⁵ (ZGB 938 ff, OR 64), wobei der Gutgläubige gegenüber dem Bösgläubigen insofern bevorzugt wird, als die ungünstigen Rechtsfolgen, die sich aus seiner unberechtigten Herrschaft ergeben, mit Rücksicht auf seinen guten Glauben abgeschwächt werden²¹⁶.

213. BUCHER, Allg. Teil OR, S. 604, bei/und N 30.

214. ZGB 938 ff sind auch für den Umfang des Anspruchs aus ZGB 641.II massgebend: MEIER-HAYOZ zu ZGB 641, N 51; STARK, Vorbemerk. zu ZGB 938-940 N 16; OFTINGER, Diss., S. 126 f; BGE 84 II 373.

215. KELLER, Ed., S. 25 ff; BGE 84 II 378, STARK, Vorbem. zu ZGB 938-940, N 5/24; VON TUHR/SIEGWART, S 426; KUHLMERZ/KUMMER, S. 209; BUSSY, S. 126; JANNER, S. 77.

216. JAEGGI, zu ZGB 3, N 54 ff.

Guter und böser Glaube sind entgegengesetzte Begriffe und schliessen sich aus: "définir l'une, c'est définir l'autre du même coup"²¹⁷.

Auszugehen ist von dem Gedanken, dass der Beklagte etwas in seiner Herrschaft hat, das ihm objektiv nicht zukommt, d.h., dass ein Rechtsmangel vorliegt²¹⁸. Wer glaubt, infolge rechtmässigen Besitzes-, Eigentums- oder Vermögenserwerb zu dieser Herrschaft berechtigt zu sein, befindet sich im Irrtum: "Glaube" ist daher als Irrtum, d.h. als Diskrepanz zwischen Vorstellung und Wirklichkeit zu verstehen²¹⁹.

Die mildereren Rechtsfolgen des Gutglaubensschutzes sollen jedoch nicht an jeden Irrtum anknüpfen, sondern nur an einen "sachlich begründeten Irrtum". Dies wird durch das Beiwort "gut" ausgedrückt; "guter Glaube" ist somit ein sachlich begründeter oder entschuldbarer Irrtum²²⁰. Der unrechtmässige Besitzer bzw. Bereicherte ist demzufolge gutgläubig, "wenn er in der redlichen Ueberzeugung handelt, durch den Erwerb kein fremdes Recht zu verletzen"²²¹. Damit ist auch die Grenze zum bösen Glauben gezogen: Irren kann nur der Glaubende, nicht der Wissende. Böser Glaube liegt daher vor, wenn der Empfänger nicht glaubt, sondern weiss, dass er ein fremdes Recht verletzt²²², m.a.W., wenn er bewusst rechtswidrig handelt. Dem wird gleichgesetzt, dass der Nichtwissende bzw. Irrende, bei Aufbringen der

217. BUSSY, S. 127, N 214; ebenso JAEGGI, a.a.O., N 23/43.

218. JAEGGI a.a.O., N 30/31; HINDERLING, S. 477.

219. JAEGGI a.a.O., N 20. Es ist eine Frage des Innenlebens; vgl. STARK zu ZGB 933, N 45; auch JAEGGI a.a.O. N 35 ff.

220. JAEGGI a.a.O., N 21; vgl. auch STARK zu ZGB 933, N 45.

221. HOMBERGER zu ZGB 933, N 29 und zu ZGB 938, N 7; KELLER Ed., S. 22 ff; vgl. auch STARK zu ZGB 933, N 44.

222. JAEGGI a.a.O., N 43 ff; STARK a.a.O. N 48; HINDERLING, S. 515; VON TUHR/PETER, S. 511; BUSSY, S. 127 ff; AEBLI, S. 65 f.

unter den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit den Rechtsmangel hätte kennen müssen²²³, denn Gutgläubigkeit setzt ja einen entschuldbaren Irrtum voraus²²⁴.

bbb. Rückerstattungspflicht des gutgläubig -
unrechtmässigen Empfängers

aaaa. Nach ZGB 938.I hat der gutgläubig-unrechtmässige Besitzer, der die Sache seinem vermuteten Rechte nach gebraucht hat, demjenigen, dem er sie zurückerstatten muss, keine Entschädigung für den Gebrauch zu leisten²²⁵. Bei Gutgläubigkeit wird die Berechtigung zum Besitz für die Zeit des unberechtigten Besitzes fingiert²²⁶. Infolge seines guten Glaubens haftet er weder für fahrlässige noch absichtliche Beschädigung oder Zerstörung²²⁷ der Sache und darf gezogene Nutzungen behalten²²⁸. Selbst bei Veräusserung der Sache muss der gutgläubig-unrechtmässige Besitzer den erzielten Gewinn oder Erlös nicht abliefern, denn angesichts seines guten Glaubens und des Rechts zum Gebrauch erscheint seine Bereicherung nicht ungerechtfertigt²²⁹.

223. JAEGGI a.a.O., N 104 ff und 114 ff; HINDERLING, S. 477/515; KELLER Ed., S. 24; HOMBERGER zu ZGB 938 N 7; BUSSY a.a.O.; HINDERLING, S. 477; vgl. auch ZGB 3.II und OR 64; BGE 93.II 378; AEBLI, S. 65/66.

224. Denkbar ist, dass der ursprünglich Gutgläubige nachträglich den guten Glauben verliert. Der Verlust des Gutglaubensschutzes tritt dann ab Kenntnis des Rechtsmangels ein; JAEGGI a.a.O., N 133; vgl. auch STARK, Vorbem. zu ZGB 938-940, N 25 und AEBLI, S. 69. Kenntnis des Rechtsmangels ist jedenfalls ab Geltendmachung des Anspruchs durch den Kläger anzunehmen (VON TUHR/PETER; S. 511). Denkbar ist auch, dass sich der Uebergang vom guten zum bösen Glauben zeitlich erstreckt. Böser Glauben ist dann von jenem Zeitpunkt an anzunehmen, da der unberechtigte Besitzer bzw. Bereicherte diesbezügliche Hinweise ernsthaft beachten muss oder aber eine sich aus solchen Umständen ergebende Prüfungspflicht nicht erfüllt (STARK, a.a.O., N 26; HOMBERGER zu ZGB 938, N 8; BGE 84 II 378).

225. STARK zu ZGB 938, N 1; KELLER, Ed., S. 37 ff; HOMBERGER zu ZGB 938, N 11 ff; OSTERTAG zu ZGB 938, N 11 ff; BGE 84 II 378; 71 II 97.

226. STARK a.a.O.

227. STARK a.a.O., N 3 ff.

228. STARK a.a.O., N 10 ff.

229. STARK a.a.O., N 18; SIMONIUS, S. 62.

bbbb. Gemäss OR 64 ist der gutgläubig-ungerechtfertigt Bereicherte nur soweit zur Rückerstattung verpflichtet, als er zum Zeitpunkt der Rückforderung nachweisbar noch bereichert ist. Diese Regelung entspricht dem wesentlichen Grundsatz des Bereicherungsrechts, dass der gutgläubig Bereicherte durch die Rückerstattung des Vermögensvorteils keinen Schaden, d.h. keine Vermögenseinbusse erleiden soll²³⁰. Wie bereits festgestellt, steht dem grundsätzlich nicht entgegen, dass der Bereicherte auch die aus dem Erwerb gezogenen Früchte und Nutzungen herauszugeben hat, solange er dadurch keinen Schaden erleidet, und zwar auch insoweit, als diese eine allfällige Entreicherung des Klägers übersteigen. M.a.W., OR 64, der den Umfang der Rückerstattung bestimmt, bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass der Umfang der Rückerstattung auf den Umfang einer klägerischen Vermögenseinbusse beschränkt sei. Konsequenter hat daher AEBLI festgestellt, dass der Bereicherungsanspruch sämtliche Vorteile aus dem Empfangen mitumfasse²³¹.

So soll denn auch der Bereicherte nach herrschender Praxis die aus dem Erlangten gezogenen Früchte, insbesondere Zinsen, mit der Bereicherung erstatten, soweit er solche tatsächlich gezogen hat²³². Dabei wird nicht etwa auf einen gesetzlichen Zinsfuss abgestellt, sondern darauf, was der Bereicherte tatsächlich erlangt hat²³³. Diese Praxis steht nun aber in offensichtlichem Widerspruch dazu, dass der Bereicherung eine Entreicherung entsprechen müsse, bzw. dass sich die Bereicherung aus dem Vermögen des Gläubigers in dasjenige des Schuldners "verschoben" haben soll. Denn die vom Bereicherten gezogenen Nutzungen brau-

230. VON TUHR/PETER, S. 502 und S. 510; BGE 73 II 108 ff; vgl. auch oben, S. 98 f.

231. AEBLI, S. 50, 56 f; vgl. auch VON WYSS, S. 18; SIMONIUS, S. 61 f; OFTINGER, Diss., S. 127.

232. BGE 25 II 126; 32 II 638; 40 II 259; 61 II 20; 64 II 134; 80 II 159; 84 II 186. GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 886.

233. Zusätzlich ist der gesetzliche Verzugszins von 5 % ab Datum der Inverzugsetzung geschuldet. Ebenso BUCHER, Allg. Teil OR, S. 633; BGE 80 II 159.

chen dem Kläger durchaus nicht regelmässig entgangen zu sein, im Sinne des entgangenen Gewinns²³⁴. Man denke etwa an den Fall, in dem der Bereicherte eine erlangte Geldsumme zu hohem Zinsfuss, z.B. als Festgeld in Fremdwährung anlegt. Dass der Kläger die gleiche Nutzung "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge" und nach der Lebenserfahrung ebenfalls gezogen hätte, ist unwahrscheinlich²³⁵; es kann gar der Fall sein, dass dieser überhaupt keinen Nutzen aus dem Geld gezogen hätte.

GUHL/MERZ/KUMMER sind dieser Praxis gegenüber insofern kritisch, als sie in ungeklärtem Widerspruch zur Regelung von ZGB 938 stehe und somit den gutgläubigen Besitzer gegenüber dem gutgläubig Bereicherten besserstelle²³⁶. Ob aber die Sonderregelung von ZGB 938²³⁷ auf der spezifischen Legitimationswirkung des Besitzes beruht²³⁸ oder ob vielmehr - analog ZGB 938 - solange keine ungerechtfertigte Bereicherung entsteht, als der gutgläubige Bereicherte seinen Erwerb "seinem vermuteten Rechte nach gebraucht und nutzt"²³⁹, mag einstweilen dahingestellt bleiben²⁴⁰.

234. Dazu OFTINGER I, S. 56.

235. Teilweise a.M. BUSSY, S. 113, Nr. 185 ff. Danach soll sich die Herausgabepflicht nur insoweit auf die Nutzungen erstrecken, als diese vom Kläger ebenfalls hätten gezogen werden können. Ein darüber hinausgehender Gewinn beruhe auf Umständen, die in der Person des Bereicherten begründet seien und stamme daher nicht aus dem Vermögen des Klägers (Nr. 193). - Aber auch Nutzungen, die der Kläger hätte ziehen können, stellen m.E. dann keinen entgangenen Gewinn dar, wenn nicht feststeht, dass dieser sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gezogen hätte. Vgl. auch VON TUHR/PETER; S. 502, bei/und N 12. Ferner KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 133 und § 818.I BGB: Danach sind die Nutzungen selbst dann herauszugeben, wenn der Bereicherte beweisen kann, "dass der andere sie selbst nicht gezogen hätte oder nicht hätte ziehen können."

236. GUHL/MERZ/KUMMER, S. 209.

237. Es handelt sich um eine lex specialis (HINDERLING, S. 509), die VON BUEREN, Allg. Teil OR, S. 310, für überholt hält, weil sie zu Unbilligkeiten führe (Verweis auf BGE 84 II 377).

238. STARK, Vorbem. zu ZGB 938-940, N 6 und Vorbem. zu ZGB 930-937, N 23.

239. SIMONIUS, S. 62.

240. Unten, S. 212 ff.

ccc. Rückerstattungspflicht des bösgläubig-
unrechtmässigen Empfängers

aaaa. Nach ZGB 940 soll der bösgläubige, unrechtmässige Besitzer für allen durch die Vorenthaltung der Sache verursachten Schaden Ersatz leisten²⁴¹ sowie sowohl die tatsächlich gezogenen, als auch die versäumten Früchte erstatten²⁴².

Unter Früchten sind dabei sämtliche aus dem Gebrauch gezogenen Nutzungen, insbesondere auch solche Vorteile zu verstehen, die der Berechtigte nicht hätte ziehen können²⁴³, allgemein jeder Vorteil, den Sachen oder Rechte durch ihren Gebrauch oder Verbrauch gewähren²⁴⁴. Ratio dieser Bestimmung ist, dass der bösgläubig-unrechtmässige Besitzer aus dem bewusst unrechtmässigen Besitz keinerlei Vorteile aus dem unberechtigten Besitze ziehen soll²⁴⁵.

bbbb. Gemäss OR 64 fällt die Beschränkung des Umfangs der Rückerstattungspflicht auf den Bestand der Bereicherung zur Zeit der Rückforderung weg, wenn sich der Bereicherte der Bereicherung entäusserte und dabei nicht im guten Glauben war. Bösgläubig ist der Bereicherte dann, wenn er die Unrechtmässigkeit seines Erwerbes kannte oder kennen musste, bzw. wenn er mit der Rückforderung rechnen musste. Dies ist jedenfalls ab dem Zeitpunkt der gerichtlichen oder aussergerichtlichen Rückforderung durch den Gläubiger der Fall²⁴⁶. Unter Entäusserung ist dabei jede Handlung zu verstehen, durch die er die erlangte Bereiche-

241. Nach HINDERLING, S. 515, ergibt sich dies auch aus OR 41.
Vgl. auch STARK, zu ZGB 940, N 3 ff.

242. HINDERLING a.a.O.; KELLER, S. 40 ff; BGE 84 II 378.

243. HOMBERGER zu ZGV 940, N 10; STARK zu ZGB 938, N 10 ff;
KELLER, S. 55; vgl. auch MOSER, S. 56.

244. Dazu auch MEIER-Hayoz zu ZGB 643, N 20. Danach gehört auch das Tragen eines Kleidungsstückes, das Reiten eines Pferdes oder die Benützung eines Automobils zu den Nutzungen. Solche Nutzungen sind zu erstatten, soweit sie sich in Geldwert ausdrücken lassen.

245. KELLER a.a.O.

246. VON TUHR/PETER, S. 511.

zung verringert oder beseitigt²⁴⁷. Der Unterschied zur Herausgabepflicht des gutgläubig Bereicherten besteht somit einzig darin, dass der Bösgläubige u.U. mehr herausgeben muss, als er noch hat, mithin findet auf ihn der Grundsatz keine Anwendung, dass die Herausgabepflicht nicht zu einer Schädigung des Bereicherungsschuldners führen dürfe²⁴⁸. Der bösgläubig Bereicherte soll also die tatsächlich erlangte Vermögensvermehrung erstatten, gleichgültig ob er diese noch hat oder nicht.

Analog zu ZGB 940 umfasst diese tatsächlich erlangte Bereicherung jedenfalls aber auch die vom Bereicherten realisierten Nutzungen²⁴⁹. Da die Nutzungen nach gefestigter Auffassung auch jene Vorteile umfassen, die der Kläger selbst nicht gezogen hätte oder nicht hätte ziehen können²⁵⁰, ist offensichtlich, dass die zu erstattende Bereicherung eine allfällige Entreicherung des Bereicherungsgläubigers ohne weiteres übersteigen kann.

VON TUHR/PETER wollen die Herausgabepflicht des bösgläubig Bereicherten analog ZGB 940 selbst auf jene Nutzungen ausdehnen, die der Bereicherte zwar nicht gezogen hat, aber hätte ziehen können²⁵¹, d.h. anstelle des Gläubigers zu ziehen versäumt hat. Dieser Auffassung sollte indes nicht gefolgt werden; aus dem allgemeinen Charakter der Bereicherung erhellt nämlich, dass darunter nur eine tatsächliche und nicht auch eine fiktive Bereicherung zu verstehen ist²⁵². Die vom Bereicherten versäumten Nutzungen können m.E. nur Gegenstand einer Schadenersatzforderung sein, wenn der Gläubiger nachweist, dass ihm diese entgangen sind.

247. VON TUHR/PETER a.a.O.

248. VON TUHR/PETER, S. 510.

249. OFTINGER, Diss., S. 127; VON TUHR/PETER, S. 511 f; AEBLI, S. 68; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 209; vgl. auch HINDERLING, S. 516; BUCHER, Allg. Teil OR, S. 626 und S. 604, N 30; BGE 93 II 373 ff.

250. Oben bei N 243.

251. VON TUHR/PETER a.a.O. Nach VON BUEREN, Allg. Teil OR, S. 314, hat der Bereicherte diesfalls gar für die Vermehrung der Bereicherung zu sorgen.

252. Ähnlich auch OFTINGER a.a.O., vgl. auch HAAB zu ZGB 714, N 19.

ddd. Fazit

Aufgrund der vergleichenden Analyse des Umfanges der Herausgabeansprüche nach ZGB 938 ff und OR 64, lässt sich die Grundhaltung des Gesetzes dazu wie folgt zusammenfassen:

Grundsätzlich soll der Empfänger eines unrechtmässigen Vorteils dem Berechtigten auch die daraus gezogenen Nutzung herausgeben. Einzig beim gutgläubigen Besitzer besteht insofern eine Ausnahme, als die Berechtigung zum Besitz aufgrund seines guten Glaubens für die Dauer des Besitzes fingiert wird, weshalb er die in dieser Zeit gezogenen Nutzungen behalten darf. Demgegenüber soll insbesondere der bösgläubige Erwerber - sowohl nach Besitzes- als auch nach Bereicherungsrecht - sämtliche gezogenen Nutzungen herausgeben und zwar auch insoweit, als der Gläubiger diese selbst nicht gezogen hätte oder nicht hätte ziehen können; denn der Bösgläubige soll aus dem unrechtmässigen Erwerb keinerlei Gewinn schlagen können.

Bei der bereicherungsrechtlichen Rückerstattung steht nun dieses Ergebnis in seltsamem Widerspruch zum allgemeinen Verständnis des Bereicherungsrechts nach traditioneller schweizerischer Lehre, wonach durch den Bereicherungsanspruch höchstens die vom Gläubiger erlittene Entreicherung ausgeglichen werden könne. Aus diesem Widerspruch aber erhellt, dass Lehre und Praxis selbst das Dogma der Vermögensverschiebung und das daraus resultierende Erfordernis einer der Bereicherung entsprechenden Entreicherung nicht konsequent durchzuhalten vermögen.

E. TELEOLOGISCHE GESICHTSPUNKTE

1. Bedeutung des teleologischen Elementes für die Auslegung im allgemeinen

Die Teleologie frägt nach dem Zweck der auszulegenden Norm, nach der ratio legis²⁵³. Der Zweck einer Rechtsnorm ist danach Ausgangspunkt und Richtschnur für die Auslegung: Eine Bestimmung soll ihrem Zweck entsprechend ausgelegt werden, so dass der ihr im Zusammenhang der Rechtsordnung zukommende Zweck erreicht wird²⁵⁴.

Umstritten ist, ob für die Auslegung einer Gesetzesnorm der entstehungszeitliche - also der ihr vom Gesetzgeber zugelegte - oder der geltungszeitliche Sinn, der ihr "im Lichte allgemeiner Rechtsanschauung zu entnehmen ist", massgebend sei. Das BGer stellt im Rahmen der objektiv-zeitgemässen Auslegungsmethode²⁵⁵ zumeist auf den geltungszeitlichen Sinn ab²⁵⁶.

2. Unvereinbarkeit des Schadenserfordernisses mit dem Zweck des Bereicherungsrechts

Der Zweck des Bereicherungsanspruchs wurde damit umschrieben, dass dadurch, nach den Bestimmungen des Zivilrechts nicht legitimierte Vermögensvorteile des Bereicherten abgeschöpft werden sollten, die dieser auf Kosten eines

253. Vgl. MEIER-HAYOZ zu ZGB 1, N 192 ff; ders., Richter, S. 50 f. Von der teleologischen Betrachtungsweise, die nach dem Normzweck fragt, ist die funktionale zu unterscheiden, die auf das Sinn-ganze, d.h. auf den Beitrag einer Norm oder eines Institutes zur Gestaltung des Kulturbereichs abzielt. Dazu SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, S. 21.

254. MEIER-HAYOZ a.a.O.; vgl. auch H. REICHEL, Gesetz und Richter-spruch, Zürich 1915, S. 67.

255. Dazu MEIER-HAYOZ zu ZGB 1, N 162 ff.

256. Statt vieler BGE 81 I 282 ff. Insbesondere MEIER-HAYOZ (a.a.O., N 151 ff) und DESCHENAUX (S. 92 f) vertreten dagegen die objek-tiv-historische Auslegungsmethode.

andern erlangt hatte²⁵⁷. Der Schuldner soll das erlangte "Zuviel" herausgeben müssen. Im Gegensatz zum Schadenersatzanspruch, der an einer Vermögensverminderung des Klägers anknüpft, richtet sich der Bereicherungsanspruch nach der Vermögensvermehrung des Beklagten, m.a.W., in seinem Vermögen soll der Zustand hergestellt werden, wie er ohne die Bereicherung wäre und zwar weil diese Bereicherung nicht ihm, sondern dem Bereicherungsgläubiger gebührt, auf dessen Kosten sie erlangt wurde.

Sagt man nun aber - wie die herrschende schweizerische Lehre - dass dem Bereicherungskläger höchstens der Ersatz seiner Vermögenseinbusse zukomme, weil nach Art. 62 OR nur die "aus dem Vermögen" des Klägers stammende Bereicherung zurückzuerstatten sei²⁵⁸, so kann das Bereicherungsrecht diesem Zweck nicht gerecht werden, denn dieses Verständnis des Bereicherungsrechts entspricht nicht bereicherungsrechtlicher, sondern schadenersatzrechtlicher Denkweise²⁵⁹. Der Bereicherungsanspruch bewirkt danach nämlich einzig die Wiedergutmachung einer Entreicherung²⁶⁰ und stellt somit dem wirtschaftlichen Erfolg nach nichts anderes dar, als eine Schadenersatzforderung, deren Umfang auf die Bereicherung des Beklagten begrenzt ist²⁶¹. Dies wird deutlich etwa bei VON TUHR/PETER, wenn sie ausführen: "Die Erstattungsforderung beruht wie der Schadenersatzanspruch auf einem Verlust des Klägers und kann über diesen Verlust nicht hinausgehen." Sie widersprechen sich jedoch selbst, wenn sie fortfahren, dass sich der Inhalt der Forderung nicht nach diesem Verlust, sondern nach der Ver-

257. Oben, S. 11 ff. AEBLI, S. 67; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 15.

258. So BGE 99 II 146; OSER/SCHOENENBERGER ZU OR 62, N 7; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 204. Oben, S. 65 f.

259. Vgl. OFTINGER I, S. 53: "Schaden ist Vermögensminderung". Nach OSER/SCHOENENBERGER a.a.O., bildet dieser Schaden auch im Bereicherungsrecht die Obergrenze dessen, was der Gläubiger beanspruchen darf.

260. So aber umschreibt OFTINGER (I, S. 45) das Ziel des Haftpflichtrechts: "Ausgleichung als eine Wiedergutmachung."

261. So tatsächlich MOSER, S. 49. Ähnlich auch BUSSY, S. 133 ff, insbes. Nr. 231. Siehe dagegen WILBURG, S. 98 und 102 ff; KELLMANN, S. 79.

mögensvermehrung des Gegners richte²⁶²; es wird dabei nämlich übersehen, dass die Bereicherung den Schaden des Klägers auch übersteigen kann, bzw. dass ein solcher im iuristischen Sinne u.U. überhaupt nicht entstanden ist.

In diesem Sinne hat WILBURG vor bereits nahezu 50 Jahren festgestellt, dass durch die Voraussetzung einer Entreichung bzw. eines Schadens, die Bereicherungsklage zu einer "Unterart der Schadenersatzklage" werde²⁶³. Mit ESSER ist schliesslich daran zu erinnern, dass wir es nicht mit Entreichungs-, sondern mit Bereicherungsrecht zu tun haben²⁶⁴.

Tatsächlich paralysiert das Schadenserfordernis - wie AMREIN zutreffend festgestellt hat²⁶⁵ - das Bereicherungsrecht an entscheidender Stelle: "Es bleibt eingezwängt in die Idee des Ersatzes und vermag nicht lebenskräftig zu werden für den Dienst an einem nötigen, weiteren Ausgleichsgedanken."

Diese Aussage wird in der Praxis bestätigt: Das BGer hatte einen Fall zu beurteilen, in dem der Beklagte einen Blumenhalter absichtlich und bewusst "sklavisch nachgeahmt" hatte, "um aus den mit Sicherheit zu erwartenden Verwechslungen der beiden Erzeugnisse Vorteile zu ziehen"²⁶⁶. Diese Erwartung bestätigte sich in der Folge: Der Beklagte realisierte durch seinen unlauteren Wettbewerb (vgl. UWG 1.II, lit. d) einen Gewinn, der über den nachweisbaren Schaden des Klägers hinausging. Diesen Gewinn abzuschöpfen, entschied das BGer, sei unzulässig, da er über den Schaden des Klägers hinausgehe.

262. VON TUHR/PETER, S. 473.

263. WILBURG, S. 98; gl.M. JAKOBS, S. 61 ff; MESTMAECKER, S. 521 f; in der Schweiz: VON BUEREN, Allg. Teil OR, S. 309; vgl. auch BUCHER, Allg. Teil OR, S. 596; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 921.

264. ESSER, Schuldrecht II, § 104.I, S. 363; ähnlich in der Schweiz schon AEBLI, S. 68.

265. AMREIN, S. 16, N 82, 2. Absatz.

266. BGE 83 II 164 f.

Schadenersatzrechtlich gesehen verhält dieser Entscheid zweifellos, denn Schadenersatz wird nur soweit geschuldet, als der Geschädigte eine Vermögenseinbusse erlitten hat. Bereicherungsrechtlicher Betrachtungsweise dagegen vermag er nicht standzuhalten: Der Gewinn des Unlauteren ist eine ungerechtfertigte Vermögensvermehrung, die er auf Kosten des Klägers erlangt hat²⁶⁷. Da aus dem Vermögen des Schuldners die ungerechtfertigte Bereicherung abgeschöpft werden soll, um in seinem Vermögen (nicht in dem des Klägers!) den Zustand herzustellen, wie er ohne den unrechtmässigen Erwerb wäre, muss er die gesamte Vermögensvermehrung herausgeben, ansonsten sich der unlautere Wettbewerb für ihn lohnen würde. Gerade im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf und bei Verletzungen von Immaterialgüterrechten wird es häufig der Fall sein, dass die Vermögensvorteile des Verletzers einen Schaden des Betroffenen - oft beträchtlich - übersteigen²⁶⁸.

Deutlich zeigen sich die misslichen Auswirkungen des Schadenserfordernisses im Bereicherungsrecht auch in dem in der BRD eingehend diskutierten und kritisierten "Herrenreiterfall"²⁶⁹: Die Beklagte hatte das Bild eines berühmten Reiters zur Reklame für ein sexuelles Kräftigungsmittel verwendet. Der BGH wies eine Schadenersatzpflicht der Beklagten zurück, weil dem Kläger dadurch unterstellt würde, "dass er sich für viel Geld doch freiwillig in die unwürdige Lage begeben hätte" (es stand die Fiktion eines Schadens aus entgangenem Gewinn in Frage, für den Fall, dass der Kläger mit der Beklagten einen Lizenzvertrag abgeschlossen hätte). Mangels Schadens wurde aber auch ein Bereicherungsanspruch abgelehnt. Nicht zuletzt aufgrund

267. Dazu im einzelnen unten, S. 151 ff, S. 163 ff.

268. Vgl. auch BGE 73 II 198; 79 II 327; vgl. auch das Urteil des BGH vom 17.5.1960, GRUR 1960, 554 ff. Ferner BGE 97 II 197 f.

269. BGHZ 26, 349 ff; vgl. auch BGHZ 30, 7 ff.

der heftigen Kritik an dieser Entscheidung wurde in Deutschland in der Folge vom Schadenserfordernis im Bereicherungsrecht abgesehen²⁷⁰.

Aehnlich wie der "Herrenreiterfall" gelagerte Fälle sind auch im Bereich der sog. "Regenbogenpresse" denkbar, wenn in gewissen Blättern das Privat- oder Intimleben von Persönlichkeiten aus Gesellschaft, Politik, Showbusiness, Sport etc. - sei es nun wahrheitsgetreu oder nicht - breitgeschlagen wird. Solche Publikationen sprengen oft den Rahmen des Erlaubten und verletzen die Persönlichkeit des (oder der) Betroffenen.

Diesem sensationslüsternen und skandalumwitterten Inhalt verdanken manche Blätter ihren Erfolg und Profit, den sie sich auf diese Weise verdienen können, weil der Verletzte in den wenigsten Fällen einen ökonomisch messbaren bzw. dem Gewinn des Verletzers entsprechenden Schaden nachzuweisen vermag²⁷¹.

Diese Beispiele zeigen deutlich, wie das Erfordernis eines der Bereicherung entsprechenden Schadens den Umfang des Bereicherungsanspruchs beschränkt und das Bereicherungsrecht als Ganzes zweckentfremdet, mithin verhindert, dass dieses seiner naturgemässen Funktion gerecht zu werden vermag. Der methodische Fehler dabei liegt im Ansatz: Die Entstehung einer Bereicherung wird mit einer Vermögensverschiebung gleichgesetzt und der Anspruchsumfang an deren Umfang gemessen. Dem Zweck des Bereicherungsrecht entsprechend ist dagegen die Bereicherung am Vermögen des Schuldners zu orientieren: Es soll nicht ein Minus des Be-

270. In der deutschen Lehrbuchliteratur ist die Voraussetzung eines Schadens als Voraussetzung für den Bereicherungsanspruch heute durchwegs aufgegeben. Diese Meinung setzt sich nunmehr auch in der Praxis durch: Im sog. "Paul-Dahlke-Fall", BGHZ 20, 345 ff, wurde bereits ein Bereicherungsanspruch wegen unbefugter Benutzung eines Bildes zu Reklamezwecken zugesprochen. Vgl. insbes. auch die sog. "Flugreiseentscheidung", BGHZ 55, 128 ff = NJW 1971, S. 609; dazu TEICHMANN, JuS 1972, S. 247 ff; KELLMANN, NJW 1971, S. 862.

271. Vgl. dazu MERZ, Persönlichkeit, S. 136; OFTINGER, Punktationen, S. 46. Im einzelnen dazu unten, S. 239 ff.

nachteiligten, sondern ein Plus, ein "Zuviel", des Bereicherungsschuldners ausgeglichen werden²⁷². Es bleibt somit festzustellen, dass das Schadenerfordernis im Bereicherungsrecht auch unter teleologischen Gesichtspunkten abzulehnen ist.

II. FOLGERUNG: ABLEHNUNG DES SCHADENSERFORDERNISSES IM BEREICHERUNGSRECHT

Die Analyse anhand massgeblicher Auslegungskriterien hat ergeben, dass das Erfordernis einer der Bereicherung entsprechenden Entreicherung - bzw. eines Schadens überhaupt - als Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs verfehlt ist. Zuzugeben ist zwar, dass der umgangssprachliche Gehalt der gesetzlichen Formulierung ("aus dem Vermögen eines andern") es nahe legt, an einem Schaden des "Entreicherten" anzuknüpfen. Eine derart formalistische Argumentation vermag indes nicht zu überzeugen; eine Auslegung, die am Worte haften bleibt und nicht den Sinn einer Wendung zu erfassen sucht, ist abzulehnen, umsomehr als man sich darüber einig ist, dass gerade diese Wendung im deutschen Gesetzestext zu eng formuliert und im Sinne des französischen Wortlauts - also "auf Kosten eines andern" - zu interpretieren sei. Insbesondere zeigt aber ein Blick auf ausländische Rechtsordnungen, dass ein auf dem "Dogma der Vermögensverschiebung" beruhendes Bereicherungsrecht einerseits überholt ist und sich andererseits an entscheidender Stelle selbst unerwünschte Beschränkung im Anwendungsbereich auferlegt, nämlich dort, wo die Bereicherung des Schuldners den Schaden des Gläubigers übersteigt, bzw. wenn letzterer einen Schaden im iuristischen Sinne, d.h. ökonomisch messbaren Schaden, überhaupt nicht erlitten hat.

272. So auch ZWEIGERT/KOETZ II, S. 254; WILHELM, S. 60.

Das Verständnis von Art. 62 Abs. 1 OR der herrschenden schweizerischen Lehre beruht letztlich auf subjektiv-historischer Auslegung - die wohl von der unerwiesenen Prämisse ausgeht, der schweizerische Gesetzgeber habe hier in enger Anlehnung an das römische Recht legisfiziert - und ist daher schon aufgrund der heute massgebenden Auslegungsgrundsätze abzulehnen. Denn im Gegensatz zu den frühesten Formen der römisch-rechtlichen *condictio*, die ursprünglich einzig dazu diente, ein Darlehen (eine *datio*) zurückzufordern, wurde der Anwendungsbereich der Bereicherungsansprüche bereits unter JUSTINIAN und später im gemeinen Recht stark erweitert. Neben der Rückforderung fehlgeschlagener Zuwendungen - und nur in solchen Fällen erscheint eine Vermögensverschiebung als taugliche Erklärung für die Begründung eines Bereicherungsanspruches - dienen sie heute insbesondere auch dazu, Vermögensvermehrungen auszugleichen, die der Bereicherte selbst, durch unberechtigten Eingriff in eine fremde Rechtssphäre herbeigeführt hat. Im weiteren ist auch darauf hinzuweisen, dass die ohnehin dürftigen Gesetzesmaterialien zum Bereicherungsrecht gerade zur Wendung "aus dem Vermögen eines andern" völlig unergiebig sind.

Nach dem Gesagten ist zusammenfassend festzuhalten, dass das Erfordernis einer der Bereicherung entsprechenden Entreichung als Voraussetzung für den Bereicherungsanspruch abzulehnen ist. Zu untersuchen bleibt, welches der massgebliche Grund dafür ist, dass jemand auf Kosten eines andern bereichert ist.

§ 3. INTERPRETATION DES ERFORDERNISSSES "AUS DEM VERMÖGEN EINES ANDERN" IM SINNE VON "AUF KOSTEN EINES ANDERN"

I. FÜR DIE INTERPRETATION MASSGEBENDER WORTLAUT

Wie bereits festgestellt²⁷³ ist für die Auslegung der Wendung "aus dem Vermögen eines andern" der französische Gesetzestext - "aux dépens d'autrui" -, also "auf Kosten eines andern" massgebend. Dies ist für die Auslegung von Art. 62.I OR insofern bedeutungsvoll, als diese Formulierung mehr Spielraum lässt, als diejenige des deutschen Textes²⁷⁴. Insbesondere ergibt sich daraus nicht zwingend, dass der Konditionensgläubiger einen der Bereicherung des Schuldners entsprechenden, bzw. überhaupt einen materiellen Schaden erlitten haben muss.

II. FUNKTION DER WENDUNG IN ART. 62 ABS. 1 OR

Wie im zweiten Paragraphen dieses Kapitels eingehend dargelegt, kann die Funktion der hier zu interpretierenden Wendung nicht darin bestehen, den Bereicherungsanspruch umfangmässig auf einen entsprechenden Verlust des Klägers zu beschränken. Vielmehr ist ihr Zweck - was sich eigentlich auch aus dem Wortlaut ergibt - wohl in der Bestimmung des Anspruchsberechtigten, des Aktivlegitimierten zu sehen.

273. Oben, S. 100 f.

274. Vgl. VON WYSS, S. 10; AEBLI, S. 17 ff.

Denn "wer der Berechtigte sei, muss notwendig angegeben werden, wenn ein privatrechtliches Verhältnis geschaffen wird"²⁷⁵.

Es ist nämlich denkbar, dass sich jemand auf Kosten einer unbestimmten Vielzahl "anderer", z.B. auf Kosten der Gemeinschaft oder einer Gesamtheit von Personen bereichert, ohne dass feststellbar wäre, inwiefern bzw. wieweit der Einzelne davon betroffen wurde. So kann z.B. jemand einen Vermögensvorteil erlangen, indem er auf öffentlichem Grund und unter Behinderung der Passanten einen Verkaufsstand errichtet, ohne dazu berechtigt zu sein. Oder verletzt z.B. ein Wirtschaftssubjekt die in einem bestimmten Wirtschaftszweig geltenden Absprachen (z.B. Preisabreden) und bringt ihm dieses Verhalten letztlich Gewinn, so ist nicht zweifelhaft, dass ein solcher Vorteil "auf Kosten" der übrigen in der betreffenden Branche Tätigen erlangt wurde. Solche Bereicherungen - auch wenn ungerechtfertigt - sind indes nicht geeignet ein privatrechtliches Schuldverhältnis entstehen zu lassen²⁷⁶. Abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten wäre es auch willkürlich, wollte man die Aufteilung der Vermögensvermehrung, basierend auf irgend einem Verteilungsergebnis, vornehmen, da ja in solchen Fällen nicht bestimmbar ist, inwieweit die Bereicherung auf Kosten des Einzelnen erlangt wurde²⁷⁷. Der Ausgleich solcher Vermögensvorteile kann demnach nicht Gegenstand der privatrechtlichen Bereicherungsklage sein, sondern ist

275. So BURCKHARDT, S. 227. Vgl. ferner VON TUHR/PETER, S. 10 f und BECKER, zu OR 62, N 5; HAINES, S. 64 ff.
Auch in Deutschland wird der Wendung vorwiegend diese Bedeutung zugemessen. Dies erhellt daraus, dass bei der Leistungskondition das Erfordernis deshalb vernachlässigt wird, weil das Schuldverhältnis, d.h. die Bestimmung des Aktiv- und des Passivlegitimierten, bereits durch das Leistungsverhältnis bestimmt werde.
Vgl. dazu oben S. 74, ferner BGE 71 II 97.

276. Besteht in der betreffenden Branche ein Berufs- oder Wirtschaftsverband, so wäre allenfalls zu erwägen, diesem - wie etwa in UWG 2 Abs. 3 - ein Klagerecht einzuräumen. Vgl. dazu VON BUEREN, UWG, S. 183 f.

277. So auch HAINES, S. 100.

allenfalls Aufgabe des öffentlichen Rechts²⁷⁸. Mithin ist ein Bereicherungsanspruch in jenen Fällen von vornherein ausgeschlossen, in denen kein individuelles Interesse verletzt, sondern eine Bereicherung auf Kosten der Allgemeinheit oder einer unbestimmten Vielzahl von Betroffenen erlangt wurde.

Vielmehr ergibt sich aus der Voraussetzung, dass der Schuldner auf Kosten eines andern bereichert sein soll, dass der Vermögensvorteil auf Kosten eines i n d i v i d u e l l - i d e n t i f i z i e r b a r e n Rechtssubjektes erlangt worden sein muss²⁷⁹. Denkbar und in der Praxis wohl häufig ist immerhin, dass eine Bereicherung auf Kosten mehrerer, aber individuell bestimmbarer Personen erlangt wird. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn jemand einen Vermögensvorteil sowohl durch Verletzung eines Patentes des A, als auch des B erlangt, oder aber indem er eine ihm anvertraute im Miteigentum des A und B stehende Sache an einen gutgläubigen Dritten (ZGB 933) veräussert. Diesfalls wird man aber sagen können, "dass nach der Auffassung des Verkehrs ein Gewinn regelmässig proportional auf den Wert der Ertragsfaktoren zurückzuführen ist"²⁸⁰. M.a.W., die erlangte Bereicherung geht im Verhältnis der B e i t r a g s w e r t e²⁸¹ auf Kosten der Betroffenen.

Offen bleibt nach dem Gesagten aber nach wie vor, wann ein Vermögensvorteil "auf Kosten eines andern" erlangt wurde.

278. Dazu MUELLER, S. 54 ff. Zum Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, siehe statt vieler: FLEINER, Grundzüge des schweizerischen Verwaltungsrechts (Zürich 1977), S. 35 ff und dort. Zit.

279. Vgl. HAINES, S. 93 ff; KELLMANN, S. 152.

280. KELLMANN; S. 140 f.

281. Vgl. WILBURG, S. 128 ff; KELLMANN a.a.O.

III. GEHALT UND BEDEUTUNG DES AUSDRUCKS

"AUF KOSTEN" IM ALLGEMEINEN SPRACHGEBRAUCH

Im landläufigen Sinne bedeutet der Ausdruck "auf Kosten eines andern", dass etwas zum Nachteil, d.h. unter Beeinträchtigung einer andern Person erreicht wurde: Man macht z.B. einen Witz auf Kosten eines andern, man gewinnt ein Rennen oder eine Wette auf Kosten eines andern. Allgemein bedeutet "auf Kosten" die Beeinträchtigung von irgend etwas. Sagt man etwa, A lebe auf Kosten seiner Gesundheit, so meint man damit, dass der Lebenswandel des A seiner Gesundheit abträglich sei.

IV. INTERPRETATION DER WENDUNG "AUF KOSTEN EINES ANDERN" IM BEREICHERUNGSRECHT ALS "BEEINTRÄCHTIGUNG EINER FREMDEN RECHTSSPHERE"

Wie festgestellt, kann es nicht ein materieller Schaden auf Seiten des Bereicherungsgläubigers sein, der den Ausschlag dafür gibt, dass die Bereicherung auf dessen Kosten erlangt wurde. Aus der Funktion dieser Wendung im Bereicherungsrecht einerseits (oben II.) sowie der landläufigen Bedeutung des Ausdrucks andererseits (oben III.), lässt sich indes m.E. unschwer die wirkliche Bedeutung dieser Voraussetzung des Bereicherungsanspruchs bestimmen: Voraussetzung ist, dass der Bereicherte einen Vermögensvorteil auf Kosten eines andern erlangt hat, was - wie man der umgangssprachlichen Bedeutung der Wendung entnehmen kann - dann der Fall ist, wenn dieser andere in irgend einer Weise in seiner Interessensphäre durch die Bereicherung beeinträchtigt wird. Juristisch lässt sich dies so ausdrücken, dass eine Bereicherung dann auf Kosten eines andern erlangt wurde, wenn durch die Bereicherung die Rechtssphäre des andern beeinträchtigt wird. Dies aber braucht sich durchaus nicht in

einer Vermögensverminderung, bzw. einem Schaden zu äussern²⁸², es genügt vielmehr - wie etwa MUGDAN treffend sagt - dass die Rechtssphäre des andern "berührt" wurde²⁸³, bzw. dass die rechtlich geschützten, individuellen Interessen des andern verletzt wurden.

Was bleibt, ist den einstweilen undefiniert verwendeten Ausdruck "Rechtssphäre"²⁸⁴ zu klären und festzustellen, wann diese durch eine Bereicherung "beeinträchtigt" erscheint.

A. DIE RECHTSSPHAERE EINES RECHTSSUBJEKTS

Schon bei der Bestimmung des Vermögensbegriffes wurde festgestellt, dass die Rechtsordnung den Rechtssubjekten Güter durch subjektive Rechte zum Haben und Nutzen zuweise, die kraft dieser rechtlichen Anerkennung zu Rechtsgütern werden²⁸⁵. Im Zusammenhang mit dem Vermögen interessierten allerdings nur die geldwerten, bzw. wirtschaftlichen Güter eines Subjekts, d.h. die sogenannten Vermögensgüter. Darüber hinaus aber erstreckt sich das Interesse des Menschen regelmässig auch auf nicht geldwerte, ideelle Güter, wie etwa die Integrität von Leib und Leben, die Ehre, den Geheim- oder auch Intimbereich. Soweit nun die Rechtsordnung durch Gewährung von subjektiven Rechten an Gütern allgemein einen Teil der Aussenwelt als abgegrenzten, individuellen Machtbereich eines Rechtssubjektes anerkennt, spricht man von dessen Rechtskreis oder Rechtssphäre²⁸⁶. So hält etwa HOTZ dafür, dem einzelnen Menschen solle "eine Sphäre der Freiheit abgegrenzt und gesichert werden,

282. Ähnlich schon AEBLI, S. 21; ferner PICKER, S. 49 ff, insbes. S. 52.

283. MUGDAN, Die gesamten Materialien zum BGB für das deutsche Reich, Band II (1889), S. 1171; ferner RGZ 121, S. 26. Vgl. auch WINDSCHEID, § 421.2; AMREIN, S. 16; MESTMAECKER, S. 521.

284. Gleichbedeutend wären etwa die Ausdrücke "Rechtskreis" oder auch "Interessensphäre", vgl. JAEGGI, ZSR 1960 II, S. 166 a und VON TUHR/PETER, S. 22.

285. Oben S. 43; dazu LARENZ, Allg. Teil BGB, § 16, S. 319 f; RAISER, ZBJV 97, S. 121 ff; KLEINHEYER, S. 475; TROLLER I, S. 48.

286. VON TUHR/PETER, S. 22; JAEGGI, ZSR 1960.II, S. 166a f; ferner VON TUHR, Allg. Teil BGB I, § 18.I, S. 313.

ohne die er gar nicht seiner Bestimmung gemäss leben kann, ohne die er sich nicht zur Persönlichkeit im natürlichen Sinn entwickeln kann"²⁸⁷, und dass es gerade das Wesentliche des subjektiven Rechts sei, dass dem Einzelnen eine Sphäre von "Zugehörigem" zugeordnet werde²⁸⁸. Diese "Güterzuordnungsfunktion" der subjektiven Rechte besteht nun darin, dass sie eine herrschaftliche Beziehung einer Person zu einem Gut herstellen, d.h. ihrem Träger - innerhalb der Schranken der Rechtsordnung²⁸⁹ - die Dispositionsfreiheit²⁹⁰ bzw. Verfügungsmacht²⁹¹ darüber gewähren und Dritte von einer Beziehung zu dem betreffenden Gut ausschliessen²⁹². Anschaulich sagt HAINES: "Meine Rechtsgüter sind eben nur die, mit denen ich nach Belieben verfahren kann"²⁹³. Damit aber diese Güter "mein" sind und ich diese Zugehörigkeit rechtswirksam durchsetzen kann, müssen sie mir durch subjektive Rechte im eben umschriebenen Sinne zugeordnet sein. So ergibt sich auch für ESSER die Verfügungsmacht über ein Gut mit der Gewährung eines subjektiven Rechts daran²⁹⁴.

Entsprechend ihrer Funktion nennt man subjektive Rechte, die der Abgrenzung des individuellen Machtbereichs, der Rechtssphäre eines Rechtssubjekts, dienen, Herrschaftsrechte²⁹⁵. Dazu gehören die Vermögensrechte einerseits, also die dinglichen und beschränkt dinglichen Rechte, die obligatorischen Rechte und die Immaterialgüterrechte sowie

287. HOTZ, S. 16.

288. HOTZ, S. 18; ebenso SCHLUEP, S. 352.

289. Vgl. BUCHER zu ZGB 11, N 34; MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 130.

290. BUCHER a.a.O.

291. Dazu VON TUHR/PETER, S. 214 ff.

292. Vgl. DABIN, S. 103 ff; HOTZ, S. 18; JAEGGI, ZSR 1960.II, S. 172a; KLEINHEYER, S. 475; KUMMER, ASR 338, S. 96 ff; MEIER-HAYOZ a.a.O.; RAISER, ZBJV 97, S. 129 f; SCHLUEP, S. 321, GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 46.

293. HAINES, S. 93.

294. ESSER, Einführung, S. 153/8.

295. Davon sind die sogenannten sekundären Rechte zu unterscheiden, d.h. die Gestaltungsrechte und Machtbefugnisse, dazu VON TUHR/PETER, S. 23 ff; RAISER, ZBJV 97, S. 126 ff.

die Persönlichkeitsrechte andererseits²⁹⁶. Mithin kann somit gesagt werden, dass sich der rechtlich anerkannte Machtbereich bzw. die Rechtssphäre einer Person auf die ihr durch die Herrschaftsrechte zuerkannten Vermögens- und Personengüter erstreckt²⁹⁷.

B. BEEINTRÄCHTIGUNG DER RECHTSSPHERE

1. Begriff der Beeinträchtigung

Unter "Beeinträchtigung" kann vorerst zweierlei verstanden werden: Die Tätigkeit, das "Beeinträchtigen", einerseits und der daraus resultierende Erfolg, das "Beeinträchtigt sein" als Zustand andererseits. Vorliegend geht es um letzteres, nämlich festzustellen, wann eine Rechtssphäre als tragender Grund dafür, dass jemand auf fremde Kosten bereichert ist, beeinträchtigt ist. Die Tätigkeit, die dazu führt, die Ursache der Beeinträchtigung, wird uns später beschäftigen (dazu unten, § 4.I.C.).

Nach hier vertretener Auffassung soll eine Bereicherung dann auf Kosten eines andern erlangt sein, wenn dadurch die Rechtssphäre dieses andern beeinträchtigt oder m.a.W. dessen "Güterwelt" gestört wird²⁹⁸. Feststeht - wie eingehend gezeigt wurde²⁹⁹ -, dass sich eine Beeinträchtigung nicht ökonomisch auszuwirken braucht, d.h. ein Schaden, eine Vermögensverminderung des Klägers ist dafür nicht Voraussetzung. Die Störung persönlicher oder ideeller Belange - soweit rechtlich anerkannt - genügt³⁰⁰. Andererseits ergibt sich daraus, dass das Vermögen eines Rechtssubjekts

296. VON TUHR/PETER, S. 22 f; SCHLUEP, S. 352; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 47. Vor allem in Deutschland wird z.T. bestritten, dass auch die Persönlichkeitsrechte zu den Herrschaftsrechten gehören, vgl. RAISER, ZBJV 97, S. 139; LARENZ, Allg. Teil BGB, § 13.I, S. 178; auch HOTZ, S. 17.

297. Vgl. JAEGGI, ZSR 1960.II, S. 166a und SCHLUEP a.a.O.

298. AMREIN, S. 16.

299. Oben § 2, insbes. S. 104 f und S. 120 f.

300. Dazu ZR 78, S. 51.

Bestandteil von dessen Rechtssphäre ist, dass diese jedenfalls dann beeinträchtigt ist, wenn ökonomischer Schaden erlitten worden ist³⁰¹. Aus dieser Feststellung ergibt sich von vorneherein die Abgrenzung bzw. das Verhältnis zwischen Beeinträchtigung und Schaden: Jeder materielle, d.h. ökonomische Schaden (im iuristischen Sinne) stellt zwar eine Beeinträchtigung der Rechtssphäre, zu der das betreffende Vermögen gehört, dar, aber nicht jede Beeinträchtigung äussert sich in einem Schaden. M.a.W. der Begriff "Beeinträchtigung" ist weiter als der Begriff "Schaden", bzw. erlittener Schaden ist eine Art der Beeinträchtigung³⁰².

Aus dem Gesagten sowie aus der Verwandtschaft der Bereicherungsansprüche zu den negatorischen Rechtsbehelfen³⁰³ ergibt sich, was unter der Beeinträchtigung einer Rechtssphäre als Kriterium dafür, dass eine Bereicherung auf Kosten eines andern erlangt wurde, zu verstehen ist: Schon nach SAVIGNY dienten die Kondiktionen dem einfachen Rechtsschutz gegen Rechtsverletzung, d.h. sie gehörten zu den Klagen "auf die Abwehr oder Herstellung, welche bewirkt werden soll, wenn die wahre Rechtsgränze zwischen zwei Personen verrückt ist"³⁰⁴. In diesem Sinne setzt eine Beeinträchtigung nach PICKER voraus, "dass die von Rechts wegen gegeneinander abgegrenzten Rechtskreise einander überlagern, so dass der tatsächliche Herrschaftsbereich beider Beteiligten dem vom Recht bestimmten Umfang nicht mehr entspricht"³⁰⁵. Was damit reichlich umständlich ausgedrückt werden will, lässt sich einfacher als Verletzung fremder Herrschaftsbefugnisse umschreiben. Herrschaftsrechte verleihen ihrem Träger die "Befugnis, ein bestimmtes Gut unter Ausschluss aller andern zu beherrschen, sei es in jeder oder nur in bestimmter Hinsicht"³⁰⁶, wobei

301. Vgl. OFTINGER I, S. 53 f; DESAX, S. 9; MERZ, Widerrechtlichkeit, S. 367.

302. Dazu unten, S. 133 f.

303. KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 16; WILHELM, S. 80; oben S. 105.

304. SAVIGNY, Obligationenrecht, Band II (Berlin 1853), S. 293 f.
Vgl. dazu oben, S. 93.

305. PICKER, S. 50, vgl. auch S. 51 f.

306. GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 46.

sich letztlich aus der positiven Rechtsordnung ergibt, wieweit diese Herrschaft anerkannt wird: Die Rechtsordnung kann sich mit der Anerkennung, dem Schutz der Güter begnügen oder aber dem Rechtsträger uneingeschränkte Verfügungsmacht darüber verleihen³⁰⁷. Davon ist auszugehen, um im einzelnen festzustellen, ob und inwiefern ein bestimmtes Recht gestört ist³⁰⁸. Allgemein liegt somit eine Beeinträchtigung einer Rechtssphäre dann vor, wenn der Rechtsträger in der Ausübung der uneingeschränkten, rechtlich anerkannten Herrschaft über ein ihm durch subjektives Recht zugeordnetes Gut gestört wird, sei es, weil ihm die Herrschaft darüber infolge Zerstörung oder Entzug des Gutes gänzlich verunmöglicht ist, sei es, weil er in der Ausübung einzelner Befugnisse gehindert oder gehemmt wird. Wie wir oben gesehen haben, kann eine solche Beeinträchtigung auch in einem Schaden resultieren; dies braucht indes nicht der Fall zu sein. Insbesondere bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten werden oft lediglich ideelle Werte beeinträchtigt, ohne dass dadurch ökonomisch messbarer Schaden entsteht. Gleichwohl aber ist die betreffende Rechtssphäre beeinträchtigt und eine dadurch erzielte Bereicherung geht auf Kosten des Verletzten.

Zusammenfassend ist nach dem Gesagten festzuhalten, dass die Rechtssphäre eines Rechtssubjektes dann beeinträchtigt erscheint, wenn seine Herrschaftsbefugnisse über ein ihm von der Rechtsordnung durch subjektives Recht zugeordnetes Rechtsobjekt gestört sind, sei es durch Entzug, Vernichtung oder Verminderung der Substanz des Objektes, sei es infolge sonstiger Beschränkung oder Störung der ungeschmälernten Verfügungs-, Nutzungs-, Benutzungs- oder Genussbefugnis darüber³⁰⁹.

307. Vgl. z.B. Art. 28 ZGB einerseits und Art. 641 ZGB andererseits. SCHLUEP, S. 317 ff; ferner BUCHER, Diss., S. 100 f; VON CAEMMERER, S. 398, bei/und N 245.

308. BUCHER a.a.O.; SCHOENENBERGER/JAEGGI, Vorbem. vor Art. 1 OR, N 65 ff.

309. Vgl. dazu auch MEIER-HAYOZ zu ZGB 641, N 62 ff; STARK Vorbem. zu ZGB 926-929, N 15 ff, zu ZGB 928, N 19; LIVER, S. 28. Vgl auch REEB, S. 40 f.

2. Objekt der Beeinträchtigung

a. Gegenstand der Beeinträchtigung ist die Rechtssphäre. Indes wurde bereits bei der Umschreibung dieses Begriffes (oben A.) deutlich, dass es deren Bestandteile - die einzelnen Rechtsgüter - und die (subjektiven) Rechte daran auseinanderzuhalten gilt. Für die Beurteilung, auf wessen Kosten nun eine Bereicherung erzielt wurde, ist dies insofern von Bedeutung, als an ein und demselben Rechtsgut mehrere Personen subjektive Rechte haben können. Herrschaftsrechte schützen ein Gut vor Einwirkung Dritter und gewähren ihrem Träger gewöhnlich auch die Verfügungsmacht darüber³¹⁰. Ausfluss dieser Verfügungsmacht ist es, dass der Gutsinhaber auf einzelne Befugnisse verzichten³¹¹, bzw. einem Dritten einzelne Berechtigungen am betreffenden Rechtsgut einräumen kann. So kann z.B. der Eigentümer einer Sache einem andern ein beschränktingliches Recht an dieser gewähren³¹², oder ein Patentinhaber kann einen andern durch Lizenzvertrag obligatorisch zur Benutzung des Patents ermächtigen³¹³. Mithin steht es dem Gutsinhaber frei, einzelne Herrschaftsbefugnisse an einem bestimmten Rechtsobjekt auf einen andern zu übertragen, indem er diesem subjektive Rechte daran einräumt (entweder obligatorischer oder beschränkt - dinglicher Natur). Solange er aber nicht sämtliche Befugnisse an einem Objekt überträgt, m.a.W., solange er dieses als ganzes nicht veräussert, behält er das umfassendste Herrschaftsrecht (z.B. das Eigentum) daran³¹⁴. Können aber am gleichen Gute mehrere Personen subjektive Rechte haben, kann es folgerichtig auch verschiedenen Rechtssphä-

310. Oben bei N 306.

311. Gerade in dieser Möglichkeit des Verzichts sieht BURCKHARDT (S. 156 f) das Wesen der subjektiven Rechte. Vgl. auch HAINES, S. 101 f.

312. PIOTET, S. 521 ff; VON TUHR/SCHNYDER, S. 593 ff.

313. TROLLER, S. 938 ff.

314. MEIER-HAYOZ, Syst. Teil, N 143; PIOTET, S. 523 f; TUOR/SCHNYDER, S. 594; TROLLER, S. 940, insbes. N 6; BGE 72 I 132: "Nun ist aber die Abgabe einer Lizenz etwas anderes als die Uebertragung des Patentes. Trotz Einräumung des Benützungsrechtes an einen Dritten, bleibt das Patent beim Patentinhaber." Vgl. auch PEDRAZZINI, Der Lizenzvertrag, in Schweizerisches Privatrecht VII/1, S. 596 ff, insbes. S. 598, 600 f; ferner HAINES, S. 103.

ren angehören³¹⁵, und es kann u.U. fraglich sein, auf wessen Kosten - d.h. durch Beeinträchtigung welcher Rechtssphäre - jemand bereichert ist.

Räumt z.B. der Eigentümer A dem B an einer ihm gehörenden Sache ein Nutzungsrecht ein (ZGB 745), das aber in der Folge von einem Dritten C (unbefugt) ausgeübt wird, kann nicht zweifelhaft sein, dass dieser - falls er durch die unbefugte Nutzung einen Vermögensvorteil erlangt - auf Kosten des B bereichert ist. Obwohl A nach wie vor das Eigentum und damit das umfassendste Recht an der betreffenden Sache hat und diese zweifellos auch Bestandteil seiner Rechtssphäre ist, ist nicht diese, sondern diejenige des B beeinträchtigt, weil dessen Nutzungsrecht verletzt wurde³¹⁶.

Daraus aber erhellt, dass die Frage, auf wessen Kosten - d.h. durch Beeinträchtigung welcher Rechtssphäre - jemand bereichert ist, danach zu entscheiden ist, welches konkrete Recht an einem bestimmten Rechtsobjekt beeinträchtigt und danach, welche Rechtssphäre davon betroffen ist³¹⁷. Wer somit - wie etwa KLEINHEYER³¹⁸ - sagt, jemand sei dann auf fremde Kosten bereichert, wenn die Bereicherung unter "Verwendung fremder Rechtsgüter" erlangt wurde, trifft m.E. nicht den Kern der Sache.

b. Bedeutungslos ist, ob es sich bei dem beeinträchtigten Recht um ein absolutes oder um ein relatives Recht handelt³¹⁹. Diese Unterscheidung beschlägt nur den Inhalt, die Innenwirkung des Rechts und gibt darüber Auskunft, ob ein Recht gegenüber jedermann oder nur gegenüber einem bestimmten Schuldner geltend gemacht werden kann, also über die Herrschaftsmöglichkeiten³²⁰. Daneben aber zeitigt jedes subjektive Recht eine absolute Aussenwirkung, die jeden Dritten von der Ausübung dieser Rechte ausschliesst,

315. Vgl. auch JAEGGI, ZSR 1960 II, S. 167a.

316. Vgl. auch BUCHER, Allg. Teil OR, S. 29.

317. Ähnlich REEB, S. 43 f; vgl. ferner BUCHER, Diss., S. 100.

318. KLEINHEYER, S. 473.

319. Dazu VON TUHR/PETER, S. 9 f.

320. HAINES, S. 69.

d.h. jedermann untersagt, den Rechtsinhaber in der Beziehung zu dem durch das Recht geschützten Gut zu stören³²¹, m.a.W., diese absolute Aussenwirkung besteht in einem Unterlassungsanspruch³²², denn "subjektives Recht heisst monopolisiertes Dürfen"³²³. Wer somit über eine fremde Forderung verfügt, ist auf Kosten des wahren Gläubigers bereichert; so wird etwa im Falle von OR 167 der Schuldner zwar befreit, der Zedent aber ist auf Kosten des Zessionars bereichert³²⁴.

3. Arten der Beeinträchtigung

a. Entzug eines Rechtsobjektes

Allgemein liegt ein Entzug eines Rechtsobjekts dann vor, wenn dem Rechtsträger die Herrschaftsmöglichkeit über ein bestimmtes Rechtsgut gänzlich verunmöglicht ist, z.B. durch Wegnahme oder Entäusserung, Vernichtung oder Verbrauch. Weil der Herrschaftsbereich des Berechtigten um die Herrschaftsmöglichkeit über das betreffende Gut vermindert ist, erscheint seine Güterwelt als gestört, d.h. seine Rechtssphäre als beeinträchtigt.

Hierher sind auch die Fälle einzuordnen, in denen die Beeinträchtigung einer Rechtssphäre in einem Schaden im juristischen Sinne besteht: Da Vermögen als Eigentum an den auf einen Nenner - nämlich den Geldwert - gebrachten Güter verstanden wird, m.a.W. als Eigentum an Geld-

321. Bei obligatorischen Rechten ist das Gut die Obligation selbst.

322. Vgl. REEB, S. 41; HAINES a.a.O. und S. 103; SCHLUEP, S. 321, N 137; KELLMANN, S. 92 ff. Für KELSEN, Reine Rechtslehre (2. Aufl., Wien 1960), S. 135 f, ist dies die einzige Wirkung subjektiver Rechte überhaupt. Subjektive Rechte seien bloss ausschliessrechte, ohne positiven Wert. Ferner DABIN, S. 85 und 104 ff.

Diese absolute Aussenwirkung subjektiver Rechte wird insbesondere von jenen Vertretern der Zuweisungstheorie übersehen, die nur den absoluten Rechten Zuweisungsgehalt zuerkennen: VON CAEMMERER, S. 353, vgl. aber S. 355 und S. 398; MESTMAECKER, JZ 1958, S. 523; RAISER, ZBJV 97, S. 132 ff. Dazu oben, S. 77 f.

323. MOSER, S. 159; ders. SJZ 42, S. 4.

324. VON TUHR/PETER, S. 495 f; vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 48.

summen³²⁵, ist Schaden - also die ökonomisch messbare Vermögensverminderung³²⁶ - letztlich genau besehen nichts anderes, als ein Entzug von Geld. Der Herrschaftsbereich des Geschädigten ist danach um den betreffenden Vermögensteil vermindert und damit seine Rechtssphäre beeinträchtigt.

b. Sonstige Störung des ungeschmälernten
Rechtsgutgenusses

Ohne dass dem Beeinträchtigten ein Rechtsobjekt als ganzes entzogen wurde, erscheint seine Rechtssphäre auch dann beeinträchtigt, wenn er in seinem ungeschmälernten Innehaben eines bestimmten Rechtsobjektes gestört wird. Wann dies im einzelnen der Fall ist, beurteilt sich, wie bereits erwähnt (oben 1.), danach, welche konkreten Befugnisse, bzw. welchen Schutz ein bestimmtes Rechtsobjekt seinem Inhaber gewährt, m.a.W., nach dem Inhalte des Rechtes daran.

aa. Bei Vermögensgütern

Es ist oben gesagt worden, dass die Vermögensgüter die wirtschaftlichen Güter sind, d.h. diejenigen, die ihrem Inhaber eine Verwertung des betreffenden Gutes ermöglichen³²⁷. Vermögensrechte sind demnach jene Herrschaftsrechte, die ihrem Träger diese wirtschaftlichen Güter zuordnen, d.h. die ihm neben der rechtlichen Anerkennung - dem Schutz des Gutes - auch das Haben und Nutzen darüber gewähren³²⁸. Mit ORTH³²⁹ verstehen wir unter dem "Haben und Nutzen" eines Gutes dessen Verwertungsmöglichkeiten, d.h. die Gebrauchs-, Tausch- und Produktionsmöglichkeiten. So gewährt etwa das Eigentum dem Eigentümer sowohl Schutz ge-

325. Oben, S. 45. Zu den von der Rechtsordnung geschützten Rechtsgütern gehört auch das Vermögen, das auf absoluten und relativen Rechten beruht. MERZ, Widerrechtlichkeit, S. 367.

326. Statt vieler: OPTINGER I, S. 53 ff.

327. Oben, S. 40 ff.

328. RAISER, ZBJV 97, S. 129 f; SCHLUEP, S. 328; MEIER-HAYOZ, zu ZGB 641, N 17 ff; TROLLER I, S. 78 ff, S. 114.

329. ORTH, S. 82.

gen unbefugte Einwirkung auf die Sache³³⁰, als auch die grundsätzlich ausschliessliche Befugnis zum Besitz, ebenso wie die unbeschränkte Verfügungsmacht darüber, d.h. die Möglichkeit, die betreffende Sache zu gebrauchen, zu nutzen oder zu veräussern³³¹. Ebenso ist der Gläubiger einer Forderung allein dazu berechtigt, diese beim Schuldner einzuziehen oder die Forderung an einen andern zu zedieren und ein Patentinhaber ist der grundsätzlich ausschliesslich Ermächtigte, "die Erfindung gewerbsmässig zu benützen" (Art. 8 PatG).

Aus dem Gesagten ergibt sich ohne weiteres, dass Vermögensrechte jedenfalls dann beeinträchtigt sind - und damit die Rechtssphäre, zu der sie gehören - wenn die Befugnisse aus dem Recht beschränkt oder verunmöglicht werden, mithin, wenn die durch das Recht verliehenen Verfügungsbefugnisse (unberechtigt) ausgeübt werden, d.h. wenn der Inhalt des betreffenden Rechts (unberechtigt) verwirklicht wird³³², wenn also das Gut gebraucht oder genutzt wird. Wer aber dadurch eine Vermögensvermehrung erzielt, ist durch Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre, d.h. auf Kosten des Beeinträchtigten bereichert.

bb. Bei Persönlichkeitsgütern

Anders als die Vermögensrechte gewähren die Persönlichkeitsrechte am zugeordneten Gut der Person nicht ein eigentliches Haben und Nutzen im eben umschriebenen Sinne, sondern bestimmen im wesentlichen das Verhältnis der Person zu den andern³³³. Ihr Zweck besteht im Schutz der persönlichen Verhältnisse des Einzelnen gegen unbefugte Verletzungen, im allgemeinen Schutz des Individuums³³⁴. Zutreffend sagt etwa BUCHER: "Sie (die Persönlichkeitsrechte) bilden eine Generalklausel, welche als solche den

330. MEIER-HAYOZ a.a.O., N 19.

331. MEIER-HAYOZ a.a.O., N 18.

332. MOSER, S. 164.

333. RAISER, ZBJV 97, S. 139.

334. HINDERLING, Persönlichkeit, S. 10; BUCHER, Diss. S. 57 ff.

allgemeinen Rechtszweck unmittelbar verfolgt, indem sie die Persönlichkeit in der ihr von der Natur zugeordneten Güter vor Verletzungen privatrechtlich schützt."³³⁵ Der Inhalt des Persönlichkeitsrechts besteht somit im Anspruch des Menschen auf Achtung durch Dritte, d.h. auf Achtung der Integrität von Leib und Leben, der Würde und Ehre des Einzelnen als sittliche Person sowie der Geheim- und Intimsphäre³³⁶ - und nicht wie bei den Vermögensrechten in der Berechtigung an einem vermögensrechtlich nutzbaren Gegenstand. M.a.W., es handelt sich um ein sogenanntes Ausschlussrecht bzw. eine "Schutzposition"³³⁷.

Diese Charakteristik der Persönlichkeitsrechte, insbesondere Unveräußerlichkeit und Unverzichtbarkeit, hat vor allem in Deutschland dazu geführt, dass einzelne Autoren deren Zugehörigkeit zu den Herrschaftsrechten in Abrede stellen³³⁸. Sieht man indes die Herrschaftsrechte im Gegensatz zu den sogenannten sekundären Rechten, so gehören die Persönlichkeitsrechte ohne Zweifel zu den ersteren³³⁹.

Nachdem der Inhalt der Persönlichkeitsrechte umschrieben wurde, kann auch gesagt werden, worin deren Beeinträchtigung besteht, nämlich in der Missachtung der geschützten Positionen, im "Eingriff in einen fremden Lebensbereich"³⁴⁰, d.h. in der Erweckung unangenehmer physischer oder psychischer Eindrücke oder Zustände³⁴¹. Ähnlich

335. BUCHER, Diss. S. 60.

336. Zu den einzelnen geschützten Gütern siehe EGGER, zu ZGB 28 N 22-71; GROSSEN, S. 361 ff; ferner HUBMANN, Persönlichkeitsrecht, S. 175 ff.

337. Vgl. COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie (Berlin 1950), S. 170; HUBMANN a.a.O., S. 110 ff; KLEINHEYER, S. 474; MESTMAECKER, S. 525. Vgl. auch GROSSEN, S. 355 ff und Art. 28 ZGB.

338. LARENZ, Allg. Teil BGB, § 13.II, S. 180; RAISER, S. 139; vgl. auch HOTZ, S. 17.

339. So auch VON TUHR/PETER, S. 23; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 47; ferner schon oben, S. 127 f.

Dazu auch HINDERLING, Persönlichkeit, S. 16 f: "Doch ist die für das subjektive Recht wesentliche Privatautonomie bei ihm (dem Persönlichkeitsrecht) zwar eingeschränkt, in entscheidender Beziehung aber keineswegs aufgehoben. Das zeigt sich in der Freiheit, gewisse Eingriffe zu dulden oder zu verbieten ..."

340. JAEGGI, ZSR 1960 II, S. 174 a.

341. Vgl. etwa ZR 78, Nr. 32.

wie bei der Verletzung von Vermögensrechten kann sich auch die Verletzung eines Persönlichkeitsrechts als Inanspruchnahme des betreffenden Gutes darstellen, so etwa wenn das Bild eines andern unbefugt, z.B. zu Werbezwecken, genutzt wird. Gleichwohl aber besteht auch in diesen Fällen die Beeinträchtigung in der Vereitelung der gesetzlich gewährten Schutzposition und nicht etwa in der Ausnutzung einer fremden Befugnis, weil nämlich das gestörte Recht eine diesbezügliche Nutzungsbefugnis überhaupt nicht verleiht³⁴². Macht nun jemand durch die Störung fremder Persönlichkeitsgüter Profit, so ist er auf Kosten des Beeinträchtigten bereichert und zwar weil er einen Vermögensvorteil durch die Vereitelung der fremden Schutzposition, d.h. zum Nachteil des andern erzielt hat. In diesem Nachteil - ökonomischer oder ideeller Art - liegt die Beeinträchtigung der fremden Rechtssphäre.

4. Fazit

Das Gesagte lässt sich folgendermassen zusammenfassen: Nach hier vertretener Auffassung wurde eine Bereicherung grundsätzlich dann auf Kosten eines andern erlangt, wenn sie durch Beeinträchtigung der Rechtssphäre dieses andern, d.h. durch Störung von dessen rechtlich anerkannten Vermögens- oder Personengütern, erzielt wurde. Die Rechts- oder auch Macht- bzw. Herrschaftssphäre ist demnach dann beeinträchtigt, wenn die Befugnisse oder der Schutz hinsichtlich der zugeordneten Güter in irgend einer Weise gestört sind, sei es weil der rechtlich anerkannte Herrschaftsbereich um ein bestimmtes Gut vermindert wurde, sei es weil die subjektiven Rechte daran - die Herrschaftsrechte - gestört wurden. Diese Beeinträchtigung kann sich - braucht sich aber nicht - in ökonomisch messbarer Weise auszuwirken, sie kann auch in einem ideellen Nachteil des Betroffenen bestehen.

342. Insoweit zutreffend MESTMAECKER, S. 525. Vgl. ZR 79 (1980) Nr. 98.

§ 4. ENTSTEHUNG UND UMFANG DER BEREICHERUNG AUF KOSTEN EINES ANDERN

I. ENTSTEHUNG DER BEREICHERUNG AUF KOSTEN EINES ANDERN

A. HERRSCHENDE LEHRE: VERMOEGENSVERSCHIEBUNG / KAUSALITAET ZWISCHEN BEREICHERUNG UND ENTREICHERUNG

Es wurde bereits gezeigt, dass die herkömmliche schweizerische Lehre den Ausdruck "Bereicherung auf Kosten eines andern" mit dem Begriff "Vermögensverschiebung" gleichsetzt³⁴³. Danach soll jemand nur dann "aus dem Vermögen eines andern" bereichert sein, wenn seiner Vermögensvermehrung eine entsprechende Einbusse des Gläubigers entspricht, d.h., wenn zwischen den beteiligten Vermögen in dem Sinne eine "Verschiebung" stattgefunden hat, dass das Minus des Entreicherten nach diesem Vorgang spiegelbildlich - reziprok - wieder im Vermögen des Bereicherten als Plus feststellbar ist^{343a}. Vorausgesetzt wird dabei, dass zwischen der Entreichung des Gläubigers und der Bereicherung des Schuldners ein Kausalzusammenhang bestehe³⁴⁴. Die Lehre vom Kausalzusammenhang beruht auf dem Prinzip von Ursache und Wirkung; m.a.W. sieht die Lehre somit in der Vermögenseinbusse des Klägers die Ursache der Bereicherung oder allenfalls umgekehrt: Die Bereicherung des Beklagten sei die Ursache der Entreichung des Klägers³⁴⁵.

343. Oben, S. 65 f; VON FISCHER, S. 2; WENNER, S. 33 ff.

343a Oben a.a.O.; WENNER, S. 63; dazu auch AMREIN, S. 25.

344. BECKER, zu OR 62, N 7; BUSSY, S. 71 ff; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 204; OSER/SCHOENENBERGER zu OR 62, N 8; VON TUHR/PETER, S. 473, N 4; WITTMANN, S. 58 ff.

345. Ebenso WENNER, S. 59.

B. DIE AUFFASSUNG WENNER'S: KONNEXITAET
ZWISCHEN BEREICHERUNG UND ENTREICHERUNG

Demgegenüber hat WENNER neuerdings festgestellt, dass Bereicherung und Entreicherung nicht durch eine Ursache-Wirkung-Beziehung miteinander verknüpft seien. Im Falle einer Vermögensverschiebung sei die Ursache, welche die Bereicherung auslöse, gleichzeitig auch die Ursache der Entreicherung: Der Zusammenhang zwischen Be- und Entreicherung werde durch die gemeinsame Ursache charakterisiert; diese Beziehung nennt WENNER "konnex"³⁴⁶. "Es ist doch selbstverständlich, dass die Vermögensverschiebung zwei Komponenten hat, Entreicherung und Bereicherung. Will man von Kausalzusammenhang sprechen, kann man dies höchstens bezüglich der Hinsicht, dass untersucht wird, wie das bereicherungsverursachende Ereignis mit der Bereicherung zusammenhängt. Dies ist aber eine total andere Frage und es braucht überhaupt keiner Erörterung um feststellen zu können, dass es sich hier um einen natürlichen Kausalzusammenhang handeln muss"³⁴⁷.

C. ANALYSE DER ENTSTEHUNG DER BEREICHERUNG
AUF KOSTEN EINES ANDERN

1. Ablehnung der Voraussetzung einer Vermögensverschiebung

Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Bereicherung dann auf Kosten eines andern erlangt, wenn sie durch Beeinträchtigung der Rechtssphäre dieses andern erzielt wurde. Wie oben gezeigt, setzt dies auf Seiten des Klägers - des Beeinträchtigten - nicht zwingend einen materiellen, d.h. ökonomisch messbaren Schaden voraus. Daraus aber erhellt, was bereits eingangs³⁴⁸ angetönt

346. WENNER, S. 62 f. Ähnlich auch schon die französische Lehre: vgl. bei WITTMANN, S. 61 ff; ferner auch ENGEL, S. 396 f.

347. WENNER a.a.O., N 116.

348. Oben, S. 7.

wurde: Der Vorgang der Bereicherung kann nicht grundsätzlich mit einer Vermögensverschiebung gleichgesetzt werden. Denn in jenen Fällen, in denen der "Entreicherte" durch die Bereicherung des Schuldners eine immaterielle Beeinträchtigung erlitten hat, kann ebenso wenig gesagt werden, dass sich zwischen den beteiligten Vermögen etwas "verschoben" hätte, wie in den Fällen der Ersparnisbereicherung³⁴⁹.

2. Einheit der Ursache von Bereicherung und Beeinträchtigung

Damit jemand von einem andern eine Vermögensvermehrung herausverlangen kann, muss sie auf seine Kosten erlangt worden sein. Aufgrund dieser Voraussetzung aber kann nicht zweifelhaft sein, dass zwischen der Bereicherung auf der einen Seite und der Beeinträchtigung auf der andern, ein Sachzusammenhang³⁵⁰ bestehen muss. WENNER ist aber durchaus zuzustimmen, wenn er feststellt, dass es sich dabei nicht um eine Frage der Kausalität, d.h. eine Ursache-Wirkung-Beziehung handelt. Analysiert man nämlich die Entstehung einer "Bereicherung auf Kosten eines andern", wird deutlich, dass sich die Bereicherung nicht als Folge der Beeinträchtigung (i.S.v. "Beeinträchtigt sein"³⁵¹) darstellt, sondern gleichzeitig mit dieser, als Wirkung ein und derselben Ursache entsteht. Der Bereicherungsvorgang beruht somit auf einem Ereignis, das als doppelte Wirkung die Vermögensvermehrung des Bereicherten einerseits und die Beeinträchtigung des Gläubigers andererseits hervorruft³⁵² - mithin kann gesagt werden, dass die Bereicherung die Folge der Beeinträchtigung i.S.v. "beeinträchtigen" ist.

Dieses, auf der einen Seite bereicherungsverursachende, auf der anderen Seite beeinträchtigende Ereignis besteht

349. Dazu oben, S. 5 f.

350. Vgl. BUCHER, Allg. Teil OR, S. 602.

351. Oben, S. 128.

352. Ähnlich WITTMANN, S. 62.

entweder in einer Handlung des Beeinträchtigten selbst - einer Zuwendung -, einer Handlung des Bereicherten - einem Eingriff - oder allenfalls in einem von keiner Partei zu vertretenden Ereignis, d.h. einem Zufall³⁵³. Entsprechend spricht man von Zuwendungs- bzw. Leistungskondiktion, Eingriffskondiktion oder Zufallskondiktion.

3. Ursachen der Bereicherung auf Kosten eines andern im einzelnen

a. Zuwendung des Bereicherungsgläubigers: Vermögensverschiebung

Eine "Bereicherung auf Kosten eines andern" kann dadurch entstehen, dass jemand einem andern eine (grundlose) Zuwendung macht, wobei unter "Zuwendung" eine Handlung zu verstehen ist, durch die jemand einem andern einen Vermögensvorteil verschafft³⁵⁴. Regelmässig handelt es sich dabei um ein Rechtsgeschäft, durch das zwischen den beteiligten Vermögen eine Verschiebung bewirkt wird, so dass sich ein ursprünglich zum Vermögen des Zuwendenden gehörender Wert nach der Verschiebung in gleicher Weise im Vermögen des Empfängers wiederfindet: Z.B. habe das Vermögen des A den Wert xy , das Vermögen des B den Wert z . Verwendet nun A den Vermögensteil y in das Vermögen des B, so wird dieser zwischen den beiden Vermögen "verschoben", d.h., nach diesem Vorgang beträgt das Vermögen des A noch x , das des B aber yz . Der Bereicherung des B entspricht dann spiegelbildlich und wertmässig³⁵⁵ einer Entreicherung des A, m.a.W. der dem Vermögen des A ent-

353. GUHL/MERZ/KUMMER, S. 203; BUCHER, Allg. Teil OR, S. 602 f; BUSSY, S. 73, Nr. 108; OSER/SCHOENENBERGER zu OR 62, N 9 f; WITTMANN, S. 65.

354. VON TUHR/PETER, S. 198; VON TUHR, Allg. Teil BGB, Band III, § 71, S. 49 ff.

355. WENNER behauptet m.E. zu Unrecht, dass sich bei einer Vermögensverschiebung Be- und Entreicherung nicht entsprechen müssten, weil der Wert ja "absickern" könne (S. 58). Dies ist eine Frage, die die Rückerstattung beschlägt (OR 64) und mit der Vermögensverschiebung nichts zu tun hat. Vgl. auch VON TUHR/PETER, S. 502.

nommene Wert stellt im Vermögen des B eine Bereicherung dar.

Aus dieser Darstellung geht hervor, dass die Bereicherung nicht als Folge der Entreichung des Zuwendenden erfolgt, sondern, dass sowohl die Vermögensvermehrung des Empfängers als auch der Vermögensverlust - d.h. der Schaden und damit die Beeinträchtigung³⁵⁶ - des Zuwendenden die doppelte Wirkung derselben Ursache, nämlich der Zuwendung des A an B sind.

Nach herrschender Lehre ist dies der bedeutendste Fall einer Bereicherung "aus dem Vermögen eines andern", was wohl nicht zuletzt darauf zurückzuführen ist, dass die Bereicherung durch grundlose Zuwendung in Art. 62 Abs. 2 und Art. 63 Abs. 1 OR besonders hervorgehoben wird. Seit sich indes in der Schweiz die kausale Natur der Tradition durchgesetzt hat³⁵⁷, hat die Bereicherung durch Vermögensverschiebung erheblich an Bedeutung verloren, sie ist nur noch dann möglich, wenn Geld oder vertretbare Sachen verschoben werden, oder allenfalls dann, wenn an Stelle einer zugewendeten Sache infolge Veräusserung, Verbrauch oder Zerstörung, Geldersatz als Surrogat tritt³⁵⁸.

b. Eingriff des Bereicherten

aa. Begriff des Eingriffs

Unter "Eingriff" versteht man jede Einwirkung auf eine fremde Rechtssphäre durch menschliches Handeln, d.h. die Beeinträchtigung (i.S.v. "beeinträchtigen") einer fremden Rechtssphäre³⁵⁹. Davon zu unterscheiden gilt es den Erfolg des Eingriffs, der regelmässig in einem "Beeinträch-

356. Oben, S. 133. Mithin bedeutet eine Zuwendung für den Zuwendenden eine Beeinträchtigung der eigenen Rechtssphäre, weil er damit das eigene Vermögen vermindert, also schädigt.

357. BGE 55 II 302 ff, 93 II 375 f; dazu oben, S. 50 f.

358. VON TUHR/PETER, S. 502; JANNER, S. 24 f; MUNZ, S. 43; BUCHER, Allg. Teil OR, S. 603; ferner VON TUHR, ZSR 40, S. 69; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 863; SCHMITT, S. 126.

359. DESAX, S. 6 ff; SCHULZ, S. 427. Vgl. auch VON TUHR/PETER, S. 407.

tigt sein" der fremden Rechtssphäre im oben umschriebenen Sinne besteht, also in materiellem, d.h. ökonomischem oder in immateriellem Schaden³⁶⁰. Ist der Eingriff widerrechtlich erfolgt, so hat der Verletzte gegen den Eingreifer gewöhnlich Anspruch auf Ersatz des entstandenen Schadens.

Neben der negativen Wirkung in der Rechtssphäre des Verletzten, kann der Eingriff aber im Vermögen des Eingreifers auch eine positive Wirkung, nämlich eine Vermögensvermehrung hervorrufen. Da eine solche Bereicherung durch einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre - d.h. durch deren Beeinträchtigung - erzielt wurde, kann nicht zweifelhaft sein, dass sie "auf Kosten" des Verletzten geht³⁶¹.

bb. Arten bereichernder Eingriffe

aaa. Eingriff in ein dingliches Recht

Eine Bereicherung auf Kosten eines andern kann dadurch entstehen, dass der Bereicherte in ein dingliches Recht eines andern eingreift, wobei sowohl das Eigentum als auch beschränkt-dingliche Rechte in Betracht kommen.

So ist jemand auf fremde Kosten bereichert, wenn er sich fremde Sachen aneignet und mit eigenen vermischt³⁶². Ähnlich wie bei der Bereicherung durch Zuwendung findet in solchen Fällen eine Vermögensverschiebung statt. Der Vorgang ist der gleiche wie er dort (oben a.) beschrieben wurde. Der Unterschied besteht einzig darin, dass die Vermögensverschiebung hier vom Empfänger des Vermögensvorteils selbst vorgenommen wird. Dies ist beispielsweise bei Gelddiebstahl der Fall: Der Bestohlene erleidet einen

360. DESAX, S. 9; dazu oben, S. 128 ff.

361. VON TUHR/PETER, S. 494; BECKER zu OR 62, N 20; ferner BUCHER, Allg. Teil OR, S. 626.

362. VON TUHR/PETER, S. 495; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 853. VON CAEMMERER, S. 353.

Schaden, während der Dieb eine entsprechende Vermögensvermehrung erfährt, indem er sich einen Wert aus dem Vermögen des Bestohlenen aneignet.

Durch Eingriff in fremdes Eigentum kann aber auch bereichert sein, wer rechtswirksam über eine fremde Sache verfügt: Dies ist etwa der Fall, wenn jemand eine ihm anvertraute Sache verkauft und sie der ursprüngliche Eigentümer vom Käufer infolge von dessen guten Glauben nicht herausverlangen kann (vgl. ZGB 930/933)³⁶².

Schliesslich führt auch der Verbrauch fremder Sachen zur Bereicherung des Verbrauchers auf Kosten des Eigentümers: So z.B. bei Verarbeitung gemäss ZGB 726 oder bei Einbau von Material auf einem Grundstück (ZGB 672.I)³⁶³. Wer beispielsweise fremde Farbe zum Malen seines Hauses verwendet, ist um dasjenige bereichert, was er dadurch eingespart hat oder allenfalls um den Mehrwert, den das Haus dadurch erfährt, wenn dieser die Ersparnis übersteigt.

bbb. Eingriff in ein obligatorisches Recht

Auch der Eingriff in ein fremdes obligatorisches Recht kann zur Bereicherung des Eingreifers führen: Zieht z.B. der Zedent nach erfolgter Zession die Forderung trotzdem ein und wird der Schuldner durch Leistung an seinen ursprünglichen Gläubiger gültig befreit (OR 167), so ist der Zedent auf Kosten des Zessionars bereichert, in dessen Forderungsrecht er eingegriffen hat³⁶⁴.

Einen Eingriff in ein obligatorisches Recht stellt m.E. auch jede Vertragsverletzung dar. Bringt sie dem Vertragsbrüchigen einen Vorteil, so ist er auf Kosten des Vertragspartners bereichert. Dies kann z.B. bei Verletzung eines Konkurrenzverbotes der Fall sein (vgl. OR 340 ff), oder wenn ein Verkäufer die Kaufsache nach Vertragsschluss, aber vor Uebergabe der Kaufsache zu einem höheren Preis einem Dritten verkauft (vgl. OR 184.I in Verb. mit OR 185.I).

363. Dazu BGE 81 II 436 ff; 99 II 135 ff.

364. VON TUHR/PETER a.a.O.; vgl. auch VON CAEMMERER, S. 355.

ccc. Eingriff in ein Immaterialgüterrecht

Von erheblicher Bedeutung für die Entstehung einer Bereicherung auf fremde Kosten sind Eingriffe in fremde Immaterialgüterrechte: So ist auf Kosten des Rechtsinhabers bereichert, wer ohne Lizenz ein fremdes Patent, eine fremde Marke oder ein fremdes Muster bzw. Modell benutzt³⁶⁵. Ebenso liegen die Dinge, wenn jemand ein urheberrechtlich geschütztes Werk unbefugt produziert: Wird etwa eine Dichtung oder eine Komposition ohne Einwilligung des Urhebers z.B. in einem Film oder im Rundfunk verwendet, so kann diese für den Eingreifer dann eine Bereicherung auf Kosten des Verfassers bedeuten, wenn er dadurch das Autorenhonorar eingespart hat, das er redlicherweise hätte bezahlen müssen oder auch, wenn es gerade dieses Werk war, das dem Film oder der Sendung zu besonderem Erfolg verholfen hat.

Auf Kosten des Berechtigten geht die Bereicherung deshalb, weil sie durch Beeinträchtigung von dessen Rechtssphäre, d.h. durch Störung von dessen ungeschmälernten Herrschaftsbefugnis über das Patent, die Marke, das Werk etc. erzielt wurde.

ddd. Eingriff in ein Persönlichkeitsrecht

Auf fremde Kosten kann sich ferner jemand auch durch Eingriff in ein fremdes Persönlichkeitsrecht bereichern: So kann sich die kommerzielle Verwertung des Bildes eines andern - z.B. einer Berühmtheit zu Werbezwecken - als profitables Geschäft darstellen, oder eine Boulevardzeitschrift kann durch eine die Ehre oder den Intimbereich einer Persönlichkeit verletzenden Publikation das Publikumsinteresse wecken und daraus - etwa durch Auflagesteigerung - Gewinn schlagen³⁶⁶.

365. BUCHER, Allg. Teil OR, S. 626; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI a.a.O.;
VON CAEMMERER, S. 356 ff; WILBURG, S. 40 ff. Vgl. auch
VON BUEREN, S. 309.

366. BUCHER a.a.O.; WILBURG, S. 43 f. Vgl. etwa ZR 79 (1980) Nr. 98.

eee. Eingriff durch unlauteren Wettbewerb

Schliesslich ist noch darauf hinzuweisen, dass eine Bereicherung auf fremde Kosten auch durch unlauteren Wettbewerb erlangt werden kann. Darauf ist an anderer Stelle ausführlich einzutreten³⁶⁷. Hier sei einstweilen nur soviel gesagt: Wettbewerb - auch der unlautere - stellt grundsätzlich keinen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre dar, weil das Wettbewerbsrecht nicht ein bestimmtes Rechtsgut schützt, sondern unlauteres Geschäftsgebahren untersagt. Andererseits bestimmt das Prinzip des Wettbewerbs die daran Beteiligten, sich Vorteile gegenüber den andern zu verschaffen. Nicht selten erleidet ein Konkurrent dadurch einen Schaden, d.h. seine Rechtssphäre kann durch diese Schädigung beeinträchtigt sein und eine dadurch erzielte Bereicherung des Schädigers geht somit auf seine Kosten.

c. Zufälle

Obwohl sie in der vorliegenden Arbeit unberücksichtigt bleibt, sei der Vollständigkeit halber auch die dritte Tatbestandsgruppe erwähnt, also die Fälle, in denen die Bereicherung des einen auf Kosten des andern durch einen Zufall ausgelöst wird. Unter "Zufall" wird dabei ein von keiner der am Kondiktionsverhältnis beteiligten Partei zu vertretendes Ereignis verstanden. Die Bereicherung geht in diesen Fällen somit auf die Handlung eines unbeteiligten Dritten oder etwa ein Naturereignis zurück³⁶⁸. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn eine Viehherde infolge eines Gewitters auf das Grundstück des Nachbars gerät und dieses in der Folge abweidet. Auch folgendes Beispiel wäre hier einzuordnen: Retiniert der Vermieter beim säumigen Mieter Sachen eines Dritten gemäss OR 272 und vermag dieser mit der Einrede der Bösgläubigkeit des Vermieters (OR 273.I) nicht durchzudringen, so dass die betreffenden Sachen zur Deckung des Mietbetrreffnisses verwertet werden, so ist

367. Dazu unten, S. 169 ff.

368. BUCHER a.a.O., S. 627; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 856.

der Mieter auf Kosten des Dritten bereichert, weil seine Schuld mit dem Eigentum des Dritten getilgt wird. Diese Bereicherung aber beruht weder auf einer Zuwendung des Dritten an den Mieter noch auf einem Eingriff desselben, sondern auf einer Handlung des Vermieters.

II. UMFANG DER BEREICHERUNG AUF KOSTEN EINES ANDERN

A. KEINE BESCHRAENKUNG DER BEREICHERUNG AUF EINE ENTREICHERUNG DES BEEINTRÄCHTIGTEN

Wie gesagt, besteht die Funktion des Erfordernisses "auf Kosten eines andern" lediglich darin, den präsumptiv Anspruchsberechtigten zu bestimmen, nämlich eben denjenigen, auf dessen Kosten der Bereicherte einen Vermögensvorteil erlangt hat. Insbesondere ist es verfehlt daraus abzuleiten, dass die Bereicherung des Schuldners dadurch umfangmäßig auf eine entsprechende Entreichung des Gläubigers limitiert sei³⁶⁹. Mithin geht nach hier vertretener Auffassung eine Bereicherung in dem Umfange auf Kosten des Beeinträchtigten, als dafür die Beeinträchtigung (i.S.v. "Beeinträchtigen") von dessen Rechtssphäre die kausale Ursache³⁷⁰ darstellte. M.a.W., auf Kosten des Beeinträchtigten geht derjenige tatsächliche Wertzuwachs im Vermögen des Bereicherten, der kausal auf das bereicherungsverursachende Ereignis, d.h. die Zuwendung, den Eingriff oder den Zufall zurückzuführen ist. Dabei lassen sich zwei Komponenten unterscheiden: Die objektive Bereicherung, also dasjenige, das der Bereicherte aufgrund dieses Ereignisses objektiv erlangt hat einerseits, und die subjektive Bereicherung, der Gewinn des Bereicherten, als Resultat wirtschaftlicher Tätigkeit andererseits.

369. Oben, S. 120 f.

370. Dazu unten C., S. 179 ff

Festzuhalten ist, dass dabei einzig bestimmt wird, wieweit eine Bereicherung auf Kosten des Beeinträchtigten erlangt wurde und nichts über den Umfang der Rückerstattung ausgesagt wird: Dieser hängt von weiteren Faktoren ab, insbesondere davon, ob die auf Kosten des Beeinträchtigten erzielte Bereicherung ungerechtfertigt ist³⁷¹.

B. BESTANDTEILE DER AUF FREMDE KOSTEN ERLANGTEN BEREICHERUNG

1. Objektive Bereicherung auf Kosten eines andern

a. Begriff der objektiven Bereicherung

Die objektive Bereicherung besteht in dem Wert, den der Bereicherte objektiv infolge des bereichernden Ereignisses erlangt hat³⁷², also in dem Wert, den jeder beliebige Dritte aufgrund desselben Ereignisses ebenfalls erlangt hätte.

b. Objektive Bereicherung bei Vermögensverschiebung

Beruhet die eingetretene Bereicherung auf einer Vermögensverschiebung, so besteht die Bereicherung objektiv im Wert des verschobenen Vermögensteils: Wendet z.B. A dem B Fr. 100.-- zu, so ist B um diesen Betrag (objektiv) auf Kosten des A bereichert. Ebenso liegen die Dinge, wenn B die Fr. 100.-- dem A gestohlen hat.

371. Dazu unten, S. 192 ff. Ferner hängt der Umfang der Rückerstattung auch davon ab, ob sich der Bereicherte der Vermögensvermehrung bis zum Zeitpunkt der Rückforderung entäusserte und ob er dabei gutgläubig war (OR 64).

372. Dazu VON CAEMMERER, S. 353 ff; LARENZ, Wertersatz, S. 211 und 228.

c. Objektive Bereicherung bei Verfügung über
fremdes Gut

Verfügt jemand über ein fremdes Gut, so beläuft sich die objektive Bereicherung auf den erlangten Veräußerungserlös, der gewöhnlich dem Verkehrswert des betreffenden Gutes entspricht³⁷³: Verkauft der Mieter eines Autos den Wagen einem gutgläubigen Dritten, so ist er auf Kosten des Eigentümers um den erzielten Erlös bereichert, wenn dieser den Wagen vom Dritten infolge dessen Gutgläubigkeit nicht herausverlangen kann (vgl. ZGB 933).

d. Objektive Bereicherung bei Gebrauch oder
Verbrauch fremden Gutes

Wird fremdes Gut gebraucht, verbraucht oder genutzt, so besteht die Bereicherung des Nutzenden in der dadurch erfahrenen Ersparnis³⁷⁴: Der Eingreifer ist um soviel bereichert, als er normalerweise aus seinem Vermögen hätte ausgeben müssen, um das betreffende Gut gebrauchen oder verbrauchen zu dürfen. Die Berechnung dieser Ersparnis erfolgt im einzelnen aufgrund eines fingierten Vertrages, d.h. der Eingreifer wird einem zur Benutzung des betreffenden Gutes Berechtigten gleichgestellt³⁷⁵. Nutzt jemand z.B. eine fremde Sache ohne Einwilligung des Eigentümers, so spart er den Mietzins, den er dem Eigentümer hätte zahlen müssen, wenn er zuvor um die Gebrauchsüberlassung nachgesucht hätte³⁷⁶. Ebenso besteht die objektive Bereicherung des Eingreifers in einer angemessenen Lizenzgebühr oder dem eingesparten Autorenhonorar, wenn unbefugt ein fremdes Patent, eine Marke oder ein urheberrechtlich geschütztes Werk ausgenutzt wird³⁷⁷. Wer fremdes Material verarbeitet, ist um den Kaufpreis bereichert, den er da-

373. VON CAEMMERER, S. 353 f und S. 358.

374. Oben, S. 61 f.

375. Th. FISCHER, S. 85.

376. VON CAEMMERER, S. 358.

377. BUCHER, OR Allg. Teil, S. 626; VON CAEMMERER, S. 354 ff.
Zur Berechnung der Lizenzgebühr im einzelnen: Th. FISCHER,
S. 85 ff.

für hätte zahlen müssen, wenn eine Herausgabe des Materials nicht mehr möglich ist (vgl. ZGB 726 f und ZGB 671 f).

Dagegen erfolgt die Berechnung der Ersparnis nicht aufgrund eines fingierten Vertrages, wenn jemand anstelle eigener Güter, fremde verbraucht. In diesen Fällen besteht die Ersparnis im Wert der eigenen Güter, um den sich das Vermögen infolge Nichtverbrauchs derselben nicht vermindert hat.

e. Unabhängigkeit der objektiven Bereicherung von einem allfälligen Schaden des Beeinträchtigten

Festzuhalten ist, dass auch die objektive Bereicherung durchaus nicht einer allfälligen Vermögenseinbusse - etwa einem entgangenen Gewinn - des Beeinträchtigten zu entsprechen braucht: Benutzt jemand beispielsweise ein fremdes Patent, so besteht die objektive Bereicherung wie wir gesehen haben, in einer entsprechenden Lizenzgebühr. Eine dem Wert dieser Lizenzgebühr entsprechende Vermögenseinbusse auf seiten des Patentinhabers würde aber nur dann vorliegen, wenn dieser durch den Eingriff einen Schaden infolge entgangenen Gewinns erlitten hätte, d.h., wenn er die Lizenzgebühr ohne den Eingriff des Bereicherten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge aller Wahrscheinlichkeit nach³⁷⁸ ebenfalls erzielt hätte, mithin, wenn er nachweisen würde, dass er eben im Begriffe war, mit einem Dritten über das nämliche Patent einen Lizenzvertrag abzuschliessen, und dass dieses Geschäft infolge des Eingriffs durch den Bereicherten nicht zustande kam (weil der Dritte beispielsweise aufgrund der Patentbenutzung durch den Eingreifer an dieser Erfindung kein Interessen mehr hat). Dies aber wird wohl nur selten der Fall sein. Ebenso wenig entsprechen sich Bereicherung auf der einen und Schaden auf der anderen Seite bei Verbrauch fremder Sachen, wenn z.B. ein Alpinist, der in einer Berghütte eingeschneit

378. Vgl. GUHL/MERZ/KUMMER, S. 86; OFTINGER I, S. 55.

wird, die sich dort befindlichen Lebensmittel vertilgt. Der Schaden des Hütteneigentümers beläuft sich diesfalls auf den (Ankaufs-)Wert der Lebensmittel, während die Bereicherung des Alpinisten in dem Betrage steht, den er sonst für seine Ernährung aufgewendet hätte. Diese Werte aber brauchen sich keineswegs zu entsprechen.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sich die objektive Bereicherung einzig danach bemisst, wieviel der Bereicherte objektiv auf Kosten des Beeinträchtigten erlangt hat und insbesondere vom Umfange eines Schadens in dessen Vermögen unabhängig ist. Namentlich wenn die objektive Bereicherung in Ersparnis besteht, ist diese auch dann auf Kosten des Beeinträchtigten erlangt, wenn im einzelnen feststeht, dass dieser etwa die Nutzungserlaubnis nicht erteilt hätte und ihm somit eine Nutzungsgebühr keineswegs entgangen ist³⁷⁹. Ebensowenig ist entscheidend, ob der Beeinträchtigte selbst in der Lage gewesen wäre, das betreffende Gut zu verwerten: Wer unberechtigt ein urheberrechtlich geschütztes Werk publiziert, erspart ein normalerweise zu zahlendes Autorenhonorar eben auch dann, wenn im einzelnen erwiesen ist, dass der Autor keine Möglichkeit gehabt hätte, sein Werk zu veröffentlichen³⁸⁰.

2. Subjektive Bereicherung: Gewinn des Bereicherten

a. Terminologisches: Bereicherung und Gewinn

Von der objektiven Bereicherung, dem Wert des vom Bereicherten Erlangten, ist die subjektive Bereicherung, der (Zusatz-) Gewinn des Bereicherten zu unterscheiden, also der Wert, den er durch Nutzung der objektiven Bereicherung oder durch kommerzielle Verwendung fremder Güter er-

379. Th. FISCHER, S. 12; BIRRER, S. 91.

380. VON CAEMMERER, S. 358; HECK, S. 421. Vgl. ferner auch BGE 97 II 177.

langt. Gewinn ist somit jener Vermögensvorteil des Bereicherten, den er als Resultat wirtschaftlicher Tätigkeit erlangt.

So entsteht ein Gewinn des Bereicherten, wenn er das durch Vermögensverschiebung Erlangte gewinnbringend investiert. Veräussert jemand eine fremde Sache, so kann ein Gewinn dann vorliegen, wenn er die Sache, z.B. infolge raffinierter Verkaufspraktiken über ihrem objektiven Verkehrswert verkauft.

Sodann entsteht Gewinn regelmässig durch Benutzung fremder Güter: Der Gewinn des Patentverletzers beispielsweise besteht im Ertrag, den er aus der Veräusserung des aufgrund der Rechtsverletzung Produzierten erzielt³⁸¹, abzüglich der von ihm selbst investierten Produktionskosten (Nettogewinn)³⁸². Wird ein urheberrechtlich geschütztes Werk unbefugt in einem Film verwendet, so entsteht infolge dieser Rechtsverletzung dann Gewinn, wenn es gerade dieses Werk war, das dem Film zu besonderem Erfolg verhalf³⁸³. Ebenso entsteht durch eine Persönlichkeitsrechtsverletzung Gewinn, wenn beispielsweise die unbefugte Benutzung des Bildes eines Prominenten zu Werbezwecken, einem Produkt zu besonderem Absatz verhilft.

Ein Gewinn des Bereicherten kann nun anstelle oder neben einer objektiven Bereicherung eintreten und kann dann betragsmässig entweder grösser oder kleiner sein als diese. Ist der Gewinn kleiner als die objektive Bereicherung, versteht sich, dass er von dieser konsumiert wird. Uebersteigt er andererseits den Betrag der objektiven Bereicherung oder ist eine solche überhaupt nicht eingetreten,

381. Zur Berechnung im einzelnen: Th. FISCHER, S. 106 ff, insbes. S. 111 ff.

382. Th. FISCHER, S. 111; vgl. auch HOFSTETTER, S. 216. Siehe auch SCHLUEP, S. 237.

383. KOENIG, S. 115.

stellt sich die Frage der Gewinnherausgabe³⁸⁴. In der Lehre ist allgemein umstritten, ob solche Gewinne Gegenstand eines Bereicherungsanspruchs sein könnten.

b. Der Gewinnherausgabeanspruch in Lehre und Praxis

aa. Zweck und rechtspolitische Grundlage des Gewinnherausgabeanspruchs

Der Gewinnherausgabeanspruch bezweckt die Abschöpfung eines widerrechtlich erzielten Gewinnes zugunsten desjenigen, auf dessen Kosten er gemacht wurde. Die rechtspolitische Notwendigkeit der Herausgabe widerrechtlich erlangter Gewinne ist kaum je bezweifelt worden, denn "grundsätzlich soll niemand aus widerrechtlichem Eingriff in fremdes Recht Gewinn ziehen können"³⁸⁵; zutreffender Auffassung nach, gebührt nämlich der widerrechtlich erlangte Gewinn nicht dem Verletzer sondern dem Verletzten³⁸⁶. Dies wird jüngst wieder dadurch bestätigt, dass in Art. 28 b Abs. 1 lit. d des Entwurfes der Expertenkommission zur Abänderung von Art. 28 ZGB (Persönlichkeitsschutz) ausdrücklich ein Gewinnherausgabeanspruch vorgesehen ist.

Im einzelnen wird darauf an anderer Stelle einzugehen sein³⁸⁷, einstweilen sei nur soviel festgehalten: In manchen Fällen kann der durch einen widerrechtlichen Eingriff erzielte Gewinn den Schaden des Verletzten bei weitem übersteigen oder es kann ein materieller Schaden überhaupt fehlen. Würde man in solchen Fällen dem Verletzten allein einen Schadenersatzanspruch zugestehen und den Gewinnherausgabeanspruch versagen, könnte der Rechtsbrecher aus seinem widerrechtlichen Verhalten Profit schlagen, m.a.W.

384. LARENZ, Wertersatz, S. 211.

385. So MOSER, S. 8 und 11 ff; Th. FISCHER, S. 15 f; TROLLER, Rechtsschutz, S. 227 f; GERMANN, Vorarbeiten, S. 145 f; WOLF, ZSR 46, S. 314 und ZSR 51, S. 76 ff; JAKOBS, S. 64 ff; SCHULZ, S. 1. BGE 34 II 700, vgl. auch BGE 97 II 178.

386. Th. FISCHER a.a.O.; BGE 34 II 700.

387. Unten, S. 222 f.

widerrechtliches Handeln könnte sich für ihn bezahlt machen, weil sich Schadenersatz in solchen Fällen als stumpfe Waffe erweist. Dem Gewinnherausgabeanspruch kommt daher nicht zuletzt erhebliche präventive Bedeutung zu.

Vor allem im anglo-amerikanischen und im deutschen Recht wurde der Gewinnherausgabeanspruch ursprünglich zum Schutze des Eigentums entwickelt; er sollte die Ansprüche auf Herausgabe, Unterlassung und Schadenersatz ergänzen³⁸⁸. Heute ist dieser Rechtsbehelf in erster Linie im Bereiche des gewerblichen Rechtsschutzes von Bedeutung, also dort, wo Gewinn durch unbefugte Verwertung fremder Immaterialgüterrechte oder durch unlauteren Wettbewerb auf Kosten eines andern gemacht wird. In den USA etwa wurde die Gewinnhaftung bei Patentverletzungen zur gefährdeten Waffe im Konkurrenzkampf, ebenso gewährt das englische und amerikanische Urheberrecht dem verletzten Rechtsinhaber einen Anspruch auf Gewinnablieferung³⁸⁹.

bb. Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts

aaa. Nach schweizerischem Recht

Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts auf die Gewinnherausgabe wird von der schweizerischen Lehre im allgemeinen nicht bezweifelt³⁹⁰. Da jedoch nach traditioneller, schadenersatz-rechtlich orientierter Betrachtungsweise eine Bereicherung nur dann "aus dem Vermögen eines andern" stammt, wenn eine Vermögensverschiebung stattgefunden hat und demzufolge der Bereicherung des Schuldners eine entsprechende Entreicherung des Gläubigers entsprechen muss³⁹¹, wird es als Grundlage für den

388. KOENIG, S. 181.

389. Vgl. KOENIG, S. 191 f.

390. Th. FISCHER, S. 30; SCHLUEP, S. 236; TROLLER II, S. 1136.

Vgl. auch MOSER, SJZ 42, S. 1; AMREIN, S. 16 und 25.

391. Oben, S. 65 f.

Gewinnherausgabeanspruch allgemein als untauglich erachtet³⁹².

Dagegen wenden BUCHER und VON BUEREN den Bereicherungsanspruch auch auf die Gewinnherausgabe an³⁹³.

bbb. Nach deutschem Recht

In der deutschen Literatur ist es eine seit langem umstrittene Frage, ob widerrechtlich erzielter Gewinn auf bereicherungsrechtlicher Grundlage liquidiert werden könne oder nicht.

So halten die Vertreter der Zuweisungstheorie im Sinne VON CAEMMERER's dafür, dass ein verletztes Recht seinem Träger nur den objektiven Wert, mithin die objektive Bereicherung zuweise, also etwa den objektiven Verkehrswert einer veräusserten Sache oder bei Verletzung eines Patentes die Lizenzgebühr, die normalerweise hätte bezahlt werden müssen³⁹⁴. Eine die objektive Bereicherung übersteigende Gewinnherausgabe sei nur bei Verschulden des Eingreifers, ausserhalb des Immaterialgüterrechts gar nur bei Absicht gestützt auf § 687.II BGB gerechtfertigt³⁹⁵.

Dagegen geht die heute überwiegende Meinung dahin, dass der Bereicherungsanspruch alles tatsächlich auf Kosten eines andern ungerechtfertigt Erlangte umfasse, d.h. nicht

392. Th. FISCHER und TROLLER a.a.O.; ferner MOSER, S. 48 ff, 55; HOFSTETER, ZBJV 100, S. 226; TROLLER, Rechtsschutz, S. 229; vgl. auch VON TUHR/PETER, S. 523.

393. BUCHER, OR Allg. Teil, S. 626; VON BUEREN, S. 309; ferner auch AMREIN a.a.O. und SIMONIUS, S. 63.

394. Dazu oben, S. 79. KOENIG, S. 179 ff; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 162 ff.

395. VON CAEMMERER, S. 356 ff; 359 f; ferner FIKENTSCHER, § 99.IV.2., S. 594 f und § 100.I/II, S. 605 ff; LARENZ, Schuldrecht II, § 69.IV, S. 501; ders. Wertersatz, S. 228; MESTMAECKER, S. 523. Dazu schon oben, S. 79.

bloss einen objektiven Wert, sondern den effektiven Vermögenszuwachs, Gewinn inbegriffen³⁹⁶.

Die deutsche Praxis gewährt die Kondiktion bei Urheberrechtsverletzung³⁹⁷ und neuerdings auch bei Patentverletzungen³⁹⁸. Dabei wurde allerdings bis anhin offengelassen, ob die Bereicherungshaftung auf den objektiven Wert beschränkt oder gesamthaft auf das tatsächlich Erlangte gerichtet sei³⁹⁹. Bei Nutzung fremden Eigentums wird eine Kondiktion nur im Umfange des objektiven Werts zugelassen⁴⁰⁰. Ein darüberhinausgehender Gewinnherausgabeanspruch wird dagegen für gewöhnlich nur bei Vorsatz des Eingreifers unter den Voraussetzungen von § 687.II BGB anerkannt⁴⁰¹.

cc. Schadenersatztheorie

Vor allem in älteren Entscheiden vertrat das Bundesgericht unter dem Einfluss der reichsgerichtlichen Rechtsprechungen die Auffassung, widerrechtlich erzielter Gewinn sei bei der Festsetzung des Schadenersatzes zu berücksichtigen. So wurde in BGE 35 II 658 ausgeführt, der Schadenersatzanspruch des verletzten Patentinhabers müsse stets auch den vom Verletzer erzielten Gewinn in sich schliessen⁴⁰². Diese auf KOHLER zurückgehende Auffassung⁴⁰³ wurde dazumal auch in der schweizerischen Literatur vertreten⁴⁰⁴.

396. So ESSER, Schuldrecht II, § 104.II, S. 368 ff; HAINES, S. 121, 127 ff; JAKOBS, S. 17 ff, 128 ff; KELLMANN, S. 132 ff; KLEINHEYER, S. 477; KOPPENSTEINER, NJW 1971, S. 588 ff, 1769 ff; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 129 ff, 161 ff; ERMAN/WESTERMANN, BGB (6. Aufl. 1975), § 817, N 16 ff; REEB, S. 107 ff.

397. BGHZ 56, 320; 38, 369; 15, 348 f.

398. BGHZ 68, 90. Dazu auch BRUCHHAUSEN; Bereicherungsausgleich bei schuldloser Patentverletzung, in FS Wilde (1970), S. 23 ff.

399. BGHZ a.a.O.

400. RGZ 97, 310.

401. Vgl. aber BGHZ 29, 157; ferner ZWEIGERT/KOETZ II, S. 254 f und KOENIG, S. 181 ff.

402. Ferner auch BGE 29 II 179, 36 II 601, 49 II 518.

403. Dazu WILBURG, S. 23 f. Vgl. auch MOSER, S. 32.

404. WEIDLICH/BLUM, Komm. zum schweiz. PatG (1934), N 2c zu Art. 39; MATTER, Komm. zum MG (1939), S. 239.

Dagegen hat MOSER die von ihm als "Schadenersatztheorie" bezeichnete Ausdehnung des Schadenersatzrechtes eingehend kritisiert und mit dem zutreffenden Hinweis verworfen, dass Gewinnherausgabe schon begrifflich mit Schadenersatz nichts zu tun habe, sondern gerade das Gegenteil davon darstelle und daher nicht mit diesem gleichgestellt werden könne⁴⁰⁵. Dem hat sich die schweizerische Lehre angeschlossen⁴⁰⁶; insbesondere Th. FISCHER betont, dass die schadenersatzrechtliche Argumentation dort versagen müsse, wo feststehe, dass der Verletzte den betreffenden Gewinn selbst niemals gezogen hätte⁴⁰⁷. In der Folge hat auch das Bundesgericht davon abgesehen, den Gewinnherausgabeanspruch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen unter das Schadenersatzrecht zu subsumieren. Einzig bei Wettbewerbsverletzungen hielt es in BGE 72 II 399 f und BGE 83 II 165 im Ergebnis an der Schadenersatztheorie fest: Bei der Festsetzung der Höhe des Schadens sei darauf zu achten, "dass der unlautere Wettbewerb nach der Bezahlung des Schadenersatzes nicht doch noch ein vorteilhaftes Geschäft für den Beklagten darstelle".

In BGE 97 II 177 f wurde nunmehr für Patentverletzungen ausdrücklich festgestellt, die Rechtsprechung, wonach der Schadenersatz immer auch den vom Verletzer erzielten Gewinn umfassen müsse, sei unhaltbar. Die Ansprüche auf Schadenersatz und Gewinnherausgabe seien klar auseinanderzuhalten und nach besonderen Gesichtspunkten zu beurteilen (Bestätigung in BGE 98 II 333).

405. MOSER, S. 35 ff, 42; ebenso KELLMANN, S. 72; WILBURG, S. 24; JAKOBS, S. 81 ff; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 86 ff; HAINES, S. 4 ff.

406. TROLLER II, S. 1134; BLUM/PEDRAZZINI, Das schweizerische Patentrecht, Band III (2. Aufl., Bern 1975), S. 558 ff; HOFSTETTER, ZBJV 100, S. 225.

407. Th. FISCHER, S. 18 und 22.

dd. Unechte Geschäftsführung ohne Auftrag

Die schweizerische Lehre und Praxis sieht die dogmatische Grundlage des Gewinnherausgabeanspruchs heute in der Geschäftsanmassung, Art. 423 Abs. 1 OR⁴⁰⁸: Danach führt ein objektiv fremdes Geschäft, wer ein einem andern durch die Rechtsordnung ausschliesslich zugeordnetes Rechtsgut verwertet, mithin wer fremde subjektive Rechte auswertet oder ausbeutet⁴⁰⁹. "Unter Geschäft ist bei der unechten Geschäftsführung lediglich der Eingriff in fremde subjektive Rechte zu verstehen"⁴¹⁰. Die Fremdheit des Geschäftes wird darin gesehen, dass dem Gutsinhaber die Verwertung des betreffenden Gutes ausschliesslich vorbehalten ist. Wer daher unbefugt und im eigenen Interesse ein fremdes Gut nutzt, masst sich danach ein objektiv fremdes Geschäft an und ist zur Herausgabe der dadurch erlangten Vorteile an den Geschäftsherrn nach Massgabe von Art. 423 Abs. 1 OR verpflichtet.

Vom Bundesgericht wird dieser "aus Billigkeitserwägungen geöffnete Weg"⁴¹¹ nur zögernd beschritten, WOLF spricht in diesem Zusammenhang von einer "weitverbreiteten Unsicherheit bezüglich der Anwendung von OR 423"⁴¹² und TROLLER von einem "Umweg über OR 423"⁴¹³.

Bejaht wurde der Gewinnherausgabeanspruch aufgrund von Art. 423 OR in der Praxis bei Verkauf einer fremden

408. MOSER, S. 118, ders. SJZ 42, S. 2; Th. FISCHER, S. 15 ff; TROLLER II, S. 1132; HOFSTETTER, S. 209; VON TUHR/PETER, S. 523 f; GAUTSCHI zu OR 423, N 2 b; ferner auch AMREIN, S. 25; OFTINGER I, S. 63, N 47; SCHLUEP, S. 237; VON BUEREN, OR Bes. Teil, S. 336 f; BLUM/PEDRAZZINI a.a.O.

409. MOSER, S. 137 ff, S. 156, ders. SJZ 42, S. 3 f; Th. FISCHER, 16; HOFSTETTER, ZBJV 100, S. 239 ff; VON TUHR/PETER a.a.O.; GAUTSCHI, Vorbem. zu OR 419 ff, N 12, 24 a, 29 b. Vgl. aber auch FRIEDRICH, ZSR 64, S. 26 und 43 f.

410. HOFSTETTER, S. 209.

411. Th. FISCHER, S. 16.

412. WOLF, Schw. Mitt. 1954, S. 58.

413. TROLLER II, S. 1133, N 95 a.E.

Sache⁴¹⁴, bei Patentverletzungen⁴¹⁵, bei unbefugter Benutzung eines Modells⁴¹⁶ und bei Verletzung von Urheberrechten⁴¹⁷. Abgelehnt wird der Gewinnherausgabeanspruch dagegen in konstanter Rechtsprechung - wenngleich unter teilweise Protest der Doktrin - bei Markenrechtsverletzungen⁴¹⁸ und bei unlauterem Wettbewerb⁴¹⁹. Ferner wurde in BGE 39 II 702 ff ein Gewinnherausgabeanspruch bei unerlaubter Untervermietung versagt.

c. Eigener Standpunkt

aa. Beschränkte Anwendungsmöglichkeit von Art. 423 Abs. 1 OR

Die schweizerische Lehre zur Gewinnherausgabe beruht letztlich auf den gleichen Grundlagen wie die Zuweisungstheorie im Sinne VON CAEMMERER's und MESTMAECKER's⁴²⁰. Ausdrücklich sagt HOFSTETTER: "Aus dem Zuweisungsgehalt des verletzten Rechts muss sich ergeben, dass der Eingriffserwerb dem Träger dieses Rechts gebührt, weil ihm die "Ausbeutung" ausschliesslich eingeräumt ist"⁴²¹ und auch nach MOSER ergibt sich aus dem Inhalt der subjektiven Rechte, wann ein fremdes Geschäft vorliegt⁴²²: Geschäftsführung sei die blosse Betätigung, Verwirklichung oder Ausübung der subjektiven Rechte des Geschäftsherrn⁴²³. Grundsätzlich aber ist das nichts anderes, als wenn VON CAEMMERER sagt, der Zuweisungsgehalt subjektiver Rechte umfasse das *uti, frui, abuti*⁴²⁴. Die Subsumtion des Gewinnherausgabeanspruchs unter die Geschäftsanmassung

414. BGE 51 II 583.

415. BGE 97 II 176 ff; 98 II 333. Vgl. ferner die Zusammenstellung der Praxis bei Th. FISCHER, S. 134 ff.

416. BGE 45 II 207 ff; Th. FISCHER, S. 139 ff.

417. BGE 41 II 753; 55 II 88; 64 II 170; Th. FISCHER, S. 141 ff.

418. BGE 36 II 601; dazu SCHLUEP, S. 237 f.

419. BGE 73 II 194 ff; 79 II 327; 83 II 165; dazu VON BUEREN, Kommentar UWG, S. 173; Th. FISCHER S. 161 ff. Unten

420. Oben S. 75 ff.

421. HOFSTETTER, S. 209.

422. MOSER, S. 154 ff.

423. MOSER, 156.

424. VON CAEMMERER, S. 353.

unterliegt somit den gleichen dogmatischen Bedenken wie die Zuweisungstheorie, denn subjektive Rechte weisen dem Rechtsträger lediglich Befugnisse hinsichtlich des Rechtsobjekts zu und schliessen es von der Einwirkung Dritter aus. Damit wird aber nicht auch schon von vorneherein der konkrete Verwendungserfolg zugewiesen⁴²⁵.

Insbesondere aber muss die Anwendung von Art. 423 OR dort versagen, wo ein Recht dem Gutsinhaber keine Befugnisse hinsichtlich des Gutes zuweist sondern sich im Schutze desselben erschöpft - also dann, wenn Gewinn durch Verletzung von Persönlichkeitsrechten erzielt wird⁴²⁶. Da ein Persönlichkeitsrecht seinem Träger hinsichtlich des Rechtsgutes, der Person, keine Befugnisse zuweist, sondern das Verhältnis derselben zu den übrigen Rechtssubjekten bestimmt, insbesondere die Person schützt, kann eine Persönlichkeitsrechtsverletzung eines Dritten auch nicht die Führung eines dem Verletzten vorbehaltenen Geschäftes sein. Wer dies behauptet, behauptet sinngemäss, die Verletzung der eigenen Persönlichkeit sei der Person vorbehalten. In diesem Sinne stellt auch MOSER fest, dass sich die rechtliche Natur der Geschäftsanmassung als die Ausübung fremder Rechte darstelle. "Denn der Geschäftsherr kann seine Rechte nicht verletzen sondern nur ausüben"⁴²⁷. Von der Führung fremder Geschäfte kann allenfalls nur dann gesprochen werden, wenn fremde Befugnisse ausgeübt werden; nicht jede Rechtsverletzung, nicht jeder Eingriff in eine fremde Rechtssphäre aber äussert sich im Ausbeuten fremder Befugnisse. Dass bei einer Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht von Geschäftsanmassung gesprochen werden kann, zeigt sich denn auch deutlich bei jenen Autoren, die die Persönlichkeitsrechtsverletzungen als das Führen fremder Geschäfte zu interpretieren versuchen: So soll nach SCHUMACHER die Führung des fremden Geschäfts in der Verletzung einer fremden Rechtssphäre liegen, wobei "fremdes Geschäft" dahin zu verstehen sei, "dass der Betroffene

425. Gl.M. HAINES, S. 84; KLEINHEYER, S. 472; JAKOBS, S. 23 ff, 39.

Vgl. aber auch LARENZ, Wertersatz, S. 219 f. Dazu oben, S. 82 f.

426. Oben, S. 135 f.

427. MOSER, S. 163.

selber in der Lage sein muss, die Handlung des Geschäftsführers vorzunehmen oder in sie einzuwilligen"⁴²⁸ und nach AMREIN heisst fremde Geschäfte führen, unter Missachtung des Genusspotentials subjektiver Rechte einen finanziellen Vorteil erwerben, "der deswegen nicht erlaubt ist, weil er unter Ignoranz fremder berechtigter Interessen gezogen worden ist"⁴²⁹. Danach aber würde etwa die Boulevardzeitung, die eine ehrverletzende oder in den Intimbereich eines Prominenten eingreifende Publikation veröffentlicht, ein Geschäft des Verletzten führen. Dem ist in erster Linie entgegenzuhalten, dass das Persönlichkeitsrecht seinem Träger eben keine Nutzungsbefugnisse hinsichtlich der Person zuordnet, sondern diese lediglich vor Eingriffen Dritter schützt. Sodann muss sich auch das Rechtsempfinden gegen die Vorstellung wehren, dem Verletzten sei "das Recht" verliehen, Skandalgeschichten über sich selbst zu veröffentlichen, mithin die eigene Rechtssphäre zu verletzen⁴³⁰.

Eine solche Interpretation des Führens fremder Geschäfte entspricht der bereits von MOSER zu Recht verworfenen "Eingriffstheorie"⁴³¹, wonach in jedem Eingriff in eine fremde Rechtssphäre die Führung der Geschäfte des Verletzten zu sehen wäre⁴³². Dabei wird vor allem übersehen, dass "Führen fremder Geschäfte" naturgemäss als tatsächliches Tätigwerden an Stelle eines andern zu verstehen ist, d.h. die Geschäftsführung muss auf den Geschäftsherrn bezogen werden. Wie MOSER zutreffend dartut, handelt es sich um interne Stellvertretung⁴³³. Dies wiederum bedeutet, dass der Geschäftsherr selbst grundsätzlich dazu befähigt und auch berechtigt sein muss, die Handlung des Geschäftsführers vorzunehmen; "was er selbst prinzipiell, d.h. abgesehen von tatsächlichen Hindernissen, nicht tun

428. SCHUMACHER, S. 215 f.

429. AMREIN, S. 30.

430. Ebenso KELLMANN, S. 54.

431. MOSER, S. 148 ff.

432. So neuerdings wieder HOFSTETTER, S. 209; ferner BECKER zu OR 419, N 13; WOLF, ZSR 46, S. 314.

433. MOSER, S. 151.

kann und darf, kann nicht Gegenstand einer Geschäftsführung sein"⁴³⁴. M.a.W., "meine Geschäfte" können naturgemäss nur solche sein, zu denen ich - subjektiv gesehen, aufgrund meiner Fähigkeiten - selbst in der Lage bin und die mir - objektiv gesehen - auch erlaubt sind, was auch in sich schliesst, dass ich an der Führung des Geschäfts ein vernünftiges Interesse habe oder zumindest haben könnte. Niemand aber kann vernünftigerweise seine eigenen Rechte selbst verletzen und folgerichtig kann auch nicht jede Rechtsverletzung durch einen Dritten als Führung eines Geschäftes des Verletzten gesehen werden.

Ferner muss Art. 423 OR auch dort versagen, wo Gewinn durch unlauteren Wettbewerb gemacht wird, denn der Verstoss gegen die objektiven Normen des UWG beinhaltet nicht die Ausnützung fremder subjektiver Rechte und ist daher auch niemals eine Geschäftsanmassung⁴³⁵. Zu Recht hat es denn auch das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung abgelehnt, bei unlauterem Wettbewerb einen Gewinnherausgabeanspruch aus "angeblicher Geschäftsführung ohne Auftrag" abzuleiten⁴³⁶. Damit aber versagt die Geschäftsanmassung als Grundlage des Gewinnherausgabeanspruchs an entscheidender Stelle.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass Art. 423 OR als dogmatische Grundlage für den Gewinnherausgabeanspruch nur dort zu befriedigen vermag, wo fremde Rechte ausgeübt werden, die ihrem rechtmässigen Träger bestimmte Befugnisse hinsichtlich des Rechtsobjekts - nämlich das Haben und Nutzen daran - verleihen, mithin, wenn fremde Vermögensrechte ausgeübt und verwertet werden und wenn der Berechtigte selbst befähigt und berechtigt gewesen wäre, die Handlung des Eingreifers selbst vorzunehmen. Damit aber bietet Art. 423 OR für einen umfassenden Gewinnherausgabeanspruch eine zu schmale Basis und vermag das aufgestellte Postulat, dass niemand aus widerrechtlichem Eingriff Gewinn ziehen dürfe, nicht zu verwirklichen.⁴³⁷

434. MOSER, S. 152.

435. Dazu ausführlich unten, S. 175 f.

436. BGE 73 II 198.

437. Vgl. oben, S. 153.

bb. Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts

aaa. Im allgemeinen

Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts auf die Herausgabe ungerechtfertigter Gewinne ist von der schweizerischen Doktrin - wie bereits erwähnt - kaum je geleugnet worden⁴³⁸. Einzig infolge der schadenersatzrechtlich orientierten Interpretation des Erfordernisses "aus dem Vermögen - bzw. auf Kosten - eines andern" ist das Bereicherungsrecht für die Gewinnherausgabe praktisch ohne Bedeutung geblieben, da ein der Vermögensvermehrung des Bereicherten entsprechender Schaden des Gläubigers vorausgesetzt wird. Auf die Bedenklichkeit und Ungereimtheiten dieser Auffassung ist eingehend hingewiesen worden⁴³⁹, wiederholt sei hier nur, dass die Bereicherung am Plus des Bereicherten und nicht am Minus des Beeinträchtigten orientiert werden muss.

Bereicherung bezeichnet allgemein eine Vermögensvermehrung und ist grundsätzlich von einem Nachteil eines andern unabhängig. Bereicherung umfasst somit den gesamten tatsächlichen Wertzuwachs im Vermögen des Bereicherten und zwar auch dessen Gewinn, denn auch Gewinn ist nichts anderes als eine Vermögensvermehrung⁴⁴⁰. Lässt man nun aber das Schadenserfordernis im Bereicherungsrecht fallen und anerkennt nach der hier vertretenen Auffassung, dass "auf Kosten eines andern" jeder Vermögensvorteil erlangt wurde, der durch Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre erzielt wurde, so erhellt, dass auch ein Gewinn auf Kosten des Beeinträchtigten geht. Mithin genügt es danach, dass ein Vermögensvorteil die kausale Folge des bereichernden (und die fremde Rechtssphäre beeinträchtigenden) Ereignisses⁴⁴¹ ist. Insbesondere ist nicht notwendig, dass

438. Oben bei N 390.

439. Oben § 2.

440. So schon oben, S. 48. Siehe aber auch MOSER, S. 10 und S. 177; Th. FISCHER, S. 106, BGE 97 II 177.

441. Oben, S. 140 / S. 141 ff.

der Beeinträchtigte subjektiv in der Lage gewesen sein müsste, den betreffenden Gewinn selbst zu realisieren⁴⁴². Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gewährt somit einen weitergehenden Anwendungsbereich als die Geschäftsanmassung, denn es muss nicht danach gefragt werden, ob Geschäfte, die dem Verletzten vorbehalten sind, geführt wurden, sondern lediglich danach, ob ein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre stattgefunden hat, der für den erzielten Gewinn kausal war, womit aber das Postulat des Eingriffsgewinns schlechthin verwirklicht werden kann.

Dem kann nicht entgegenstehen, dass in einzelnen Fällen - bei Verwertung fremder Vermögensrechte - auch die Voraussetzungen einer Geschäftsanmassung gemäss Art. 423 Abs. 1 OR erfüllt sein können, denn letztlich handelt es sich bei der actio directa des verletzten Geschäftsherrn um einen Bereicherungsanspruch, d.h. um eine ausserhalb der Art. 62 ff geregelte Ergänzung des Bereicherungsrechts⁴⁴³. Dies wird übrigens bereits in BGE 51 II 583 erkannt: "... si tratta, in sostanza, di una forma speciale dell'azione di arricchimento indebito" und auch in BGE 97 II 177 spricht das BGer von "Bereicherung nach Art. 423 OR".

Nach hier vertretener Auffassung umfasst die Bereicherung auf fremde Kosten sämtliche positiven Auswirkungen im Vermögen des Bereicherten, die eine kausale Folge des bereichernden Ereignisses darstellen, also nicht nur die objektive Bereicherung, sondern die tatsächliche Vermögensvermehrung des Bereicherten, Gewinn inbegriffen. Diese Bereicherung ist dann an denjenigen, auf dessen Kosten

442. VON CAEMMERER, S. 358.

443. VON TUHR/PETER, S. 524; ferner VON BUEREN, OR Allg. Teil, S. 309, N 672; FRIEDRICH, ZSR 64, S. 20/23; WOLF, ZSR 51, S. 75; ähnlich auch MOSER, SJZ 42, S. 3, vgl. dagegen ders. Diss. S. 241 und S. 48 ff. Vgl. auch BRANDT, S. 242 f und JAKOBS, S. 101 f und S. 113 N 28; BUCHER, OR Allg. Teil, S. 421 u. S. 630 N 118; WENNER, S. 165 f.

sie gemacht wurde, herauszugeben, wenn sie ungerechtfertigt ist⁴⁴⁴.

Auf Kosten des verletzten Patentinhabers geht demnach auch der durch die Verwertung des Patentes gemachte Gewinn ebenso wie der Gewinn auf Kosten des Autors geht, dessen Werk unbefugt für einen Film, eine Rundfunksendung etc. verwendet wird und das dieser Produktion zu Erfolg verhilft. Insbesondere aber geht auch der durch eine Persönlichkeitsrechtsverletzung erzielte Gewinn auf Kosten des Verletzten.

bbb. Bei Markenrechtsverletzungen im besonderen

Allgemein umstritten ist, ob auch der infolge unbefugter Benutzung einer fremden Marke gemachte Gewinn dem Markeninhaber einen Herausgabeanspruch gewähre. Dabei lohnt es sich auf die Frage näher einzutreten, weil dadurch die widerstreitenden Standpunkte der bereicherungsrechtlichen Diskussion und deren Konsequenzen anschaulich verdeutlicht werden.

Das Bundesgericht lehnt einen Gewinnherausgabeanspruch bei Markenrechtsverletzungen auch unter der Herrschaft von Art. 423 OR in konstanter Rechtssprechung ab⁴⁴⁵. In der Hauptsache wird dies damit begründet, dass die Verwendung einer fremden Marke kein fremdes Geschäft sei, m.a.W., dass damit kein fremdes subjektives Recht ausgeübt werde. Denn der Inhalt der Markenrechte sei nicht auf das Haben oder Nutzen eines Gutes gerichtet, sondern - gleich den Persönlichkeitsrechten - nur auf den Ausschluss Dritter von der Benutzung dieser Rechte. Es handle sich somit nicht um Vermögens- sondern bloss um sogenannte Ausschlussrechte⁴⁴⁶.

444. Dazu unten, 3. Kapitel, insbes. S. 222 ff.

445. BGE 36 II 601 f; 25 II 298.

446. Vgl. RAISER, ZBJV 97, S. 132 ff. MSchG 24; BGE 86 II 283.

Dem hält Th. FISCHER entgegen, auch das Markenrecht sei ein subjektives Recht, das dem Zeicheninhaber, wie alle andern Ausschlussrechte Rechtsmacht verleihe. Der Verletzer einer Marke verschaffe sich seinen Gewinn nicht aus der Marke an sich, sondern mache sich ihren Goodwill zunutze⁴⁴⁷. Sodann ist BUCHER offensichtlich der Ansicht, dass der Verletzer markenrechtlich geschützter Zeichen den dadurch erzielten Gewinn infolge ungerechtfertigter Bereicherung herauszugeben habe⁴⁴⁸. SCHLUEP wiederum unterscheidet zwischen Marken ohne und solchen mit Eigenwert⁴⁴⁹. Letztere zeichnen sich gegenüber ersteren dadurch aus, "dass die mit ihr versehene Ware grössere Nachfrage auslöst als die gleiche, aber anders markierte Ware. Die Nachfrage ist ausschliesslich auf die Marke zurückzuführen"⁴⁵⁰. Nur diese eigenwertigen Marken enthalten nach SCHLUEP eine Zuweisung zum Haben und Nutzen. "Der Verletzer nutzt die Attraktionskraft des fremden Zeichens und erzielt daher einen verhältnismässig grösseren Umsatz. Der daraus fliessende Gewinn ist nach Art. 423 OR herauszugeben"⁴⁵¹.

Auch im deutschen Schrifttum ist die Frage umstritten: Nach VON CAEMMERER ist die Verwendung eines fremden Warenzeichens die Benutzung eines fremden Ausschlussrechts und begründet bei Verschulden den Gewinnherausgabeanspruch⁴⁵². Dagegen fehlt dem Warenzeichen - nach MESTMAECKER - ein spezifischer Zuweisungsgehalt, aus dem Nutzungsansprüche von Rechtswegen folgen könnten⁴⁵³. KLEINHEYER wiederum vertritt die Ansicht, dass der durch unbefugte Benutzung eines Warenzeichens erzielte Gewinn nach § 812 BGB (ungerechtfertigte Bereicherung) herausverlangt werden könne, da das verletzte Warenzeichen ein fremdes geschütz-

447. Th. FISCHER, S. 26 f.

448. BUCHER, OR Allg. Teil, S. 626.

449. SCHLUEP, S. 237 f.

450. SCHLUEP, S. 345, 338 ff.

451. SCHLUEP, S. 238. Dazu HAINES, S. 92.

452. VON CAEMMERER, S. 399, dazu schon oben, S. 77 f.

453. MESTMAECKER, S. 525; ebenso ESSER, Schuldrecht II, § 104.I, S. 365.

tes Rechtsgut sei, das ausgebeutet werde. Somit aber gehe der dadurch erzielte Gewinn auf Kosten des Zeicheninhabers⁴⁵⁴. Für HAINES bedeutet die Pflicht, ein fremdes Warenzeichen nicht zu verletzen, dass dem Markenberechtigten "im Rahmen seiner Befugnisse die beliebige Förderung seiner eigenen Interessen mittels ungestörter Warenkennzeichnung" ermöglicht werde. Die Verletzung dieser Pflicht beeinträchtigt diesen Zweck und rechtfertige, dem Begünstigten daraus gezogene Gewinne zuzusprechen⁴⁵⁵.

Das anglo-amerikanische Recht gewährte die Gewinnherausgabe bei Markenrechtsverletzungen ursprünglich nur, wenn der Verletzer vorsätzlich gehandelt und der Zeicheninhaber zusätzlich einen Schaden erlitten hatte. 1965 allerdings hat das BGer New York im Falle Monsanto Chemical & Co. v. Perfect Fit Products Mfg. Co. das Schadenserfordernis aufgehoben, denn Gewinnherausgabe sei "the justification for an accounting (is) found in the principles of unjust enrichment, traditionally applicable where property is used for profit without the owner's permission"⁴⁵⁶.

Nach Art. 1 MSchG werden unter Fabrik- und Handelsmarken Geschäftsfirmen einerseits und Zeichen, die zur Unterscheidung oder Feststellung der Herkunft gewerblicher und landwirtschaftlicher Erzeugnisse oder Waren dienen und auf diesen selbst oder deren Verpackung in beliebiger Weise angebracht sind, andererseits, verstanden. Dabei macht grundsätzlich nicht die Marke selbst, also das Wort oder das Zeichen, diese zu einer solchen, sondern erst die Zuordnung zu einem bestimmten Gut (Geschäft oder Ware), die durch das menschliche Bewusstsein vollzogen wird⁴⁵⁷. Diese Marken oder Warenzeichen erfüllen nach

454. KLEINHEYER, S. 475. Ähnlich JAKOBS, S. 105, 114; WILBURG, S. 44 und WILHELM, S. 94 ff.

455. HAINES, S. 89 ff, insbes. S. 91 f.

456. Monsanto Chemical Co. v. Perfect Mining Mfg. Co., 349 F. 2nd, 389. Dazu KOENIG, S. 193.

457. TROLLER I, S. 253.

traditioneller Auffassung in der Wirtschaft verschiedene Funktionen⁴⁵⁸: Sie können Auskunft über die Herkunft oder Qualität der gekennzeichneten Ware geben und verfolgen insbesondere auch Werbe- oder Propagandazwecke, d.h. aufgrund ihrer Attraktionskraft kann eine Marke, unabhängig von der Beschaffenheit der gekennzeichneten Ware, auf den Konsumenten eine Wirkung ausüben, die dem betreffenden Produkt dazu verhelfen kann, sich beim Publikum durchzusetzen: In solchen Fällen hat das betreffende Zeichen einen Eigenwert und bewirkt oder fördert zumindest den Erfolg der damit gekennzeichneten Ware⁴⁵⁹.

Nach Art. 2 MSchG geniessen Marken, die gebraucht werden, "mit der Eintragung in das Handelsregister den Schutz des Gesetzes". Mithin entsteht mit dem Handelsregistereintrag ein subjektives Recht des Zeicheninhabers an der Marke, das Dritte von der Benutzung oder Nachahmung der betreffenden Marke ausschliesst (vgl. Art. 24 MSchG, insbes. lit. a und b). Wer demnach eine geschützte Marke unbefugt gebraucht, verletzt ein fremdes Herrschaftsrecht, beeinträchtigt also eine fremde Rechtssphäre. Es kann demnach nicht zweifelhaft sein, dass dadurch erzielter Gewinn auf Kosten des tatsächlich berechtigten Zeicheninhabers geht. Grundsätzlich kann dies nicht davon abhängig gemacht werden, ob das geschützte Zeichen einen Eigenwert besitzt oder nicht. Indes ist SCHLUEP gleichwohl insofern zuzustimmen, wenn er einen Gewinnherausgabeanspruch nur bei eigenwertigen Marken bejaht, als die Benutzung eines Zeichens ohne eigene Attraktionskraft kaum je kausal für den gemachten Gewinn sein wird⁴⁶⁰.

458. Dazu SCHLUEP, S. 68 ff.

459. So z.B. die Zigaretten-Marke "Marlboro".

460. Dazu unten, S. 188 ff.

ccc. Bei Wettbewerbsverletzungen
im besonderen

aaaa. Stand der Meinungen in Lehre und Praxis

Die Frage, ob auch Vorteile, die durch unlauteren Wettbewerb erzielt wurden Gegenstand eines Herausgabeanspruchs sein könnten und ob sie im Sinne des Bereicherungsrechts "auf Kosten eines andern" erlangt worden seien, beschäftigt die Rechtswissenschaft sowohl im In- als auch im Ausland seit langem. Vorweggenommen werden kann, dass man sich zwar rechtspolitisch männiglich darüber im Klaren ist, dass niemand aus unlauterem Verhalten im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf Gewinn schlagen dürfe⁴⁶¹, indes bereitet die dogmatische Subsumtion des Gewinnherausgabeanspruchs bei Wettbewerbsverletzungen Schwierigkeiten.

In der Schweiz wurde die Frage bisher - wie der Gewinnherausgabeanspruch generell - nur auf der Grundlage von Art. 423 OR diskutiert⁴⁶². Insbesondere MOSER hält Art. 423 OR bei einzelnen Tatbeständen unlauteren Wettbewerbs für anwendbar: So, wenn ein Gewerbebetrieb dadurch widerrechtlich ausgebeutet werde, "dass eine Verwechslungsgefahr geschaffen wird, die dem Verletzer gestattet, sich oder seine Waren für diejenigen des Verletzten auszugeben"⁴⁶³, und wenn fremdes geistiges Eigentum⁴⁶⁴ oder sog. Monopolrechte⁴⁶⁵ ausgebeutet werden. Dagegen könne in der Herabsetzung eines Mitbewerbers, in der Schwindelreklame sowie im Geheimnisverrat, Boykott oder bei ruinöser Preisunterbietung etc.⁴⁶⁶, keine Geschäftsführung erblickt werden. Dieser Auffassung haben sich im wesentli-

461. Dazu unten, S. 236.

462. Oben, S. 158 f.

463. MOSER, S. 271 f.

464. MOSER, S. 272.

465. MOSER, S. 273 ff.

466. MOSER, S. 270 f; vgl. zum Ganzen auch ders. SJZ 42, S. 19 ff.

chen WOLF⁴⁶⁷ und Th. FISCHER⁴⁶⁸ angeschlossen und auch VON TUHR/SIEGWART waren unter Hinweis auf MOSER der Ansicht, dass sich aufgrund von Art. 423 OR "in gewissen Fällen die Herausgabe des durch unlautere Wettbewerbshandlungen erzielten Gewinns erreichen" lasse⁴⁶⁹.

Dagegen führt nach TROLLER kein fremdes Geschäft, wer die Ware eines andern nachmacht, "da die Ausstattung nicht stärkeren Schutz verdient, als das Warenzeichen und UWG 1.II.d nur Schutz gegen Verwechslungsgefahr zusagt"⁴⁷⁰. Hingegen bejaht TROLLER die Führung fremder Geschäfte, wenn ein Fabrikationsgeheimnis benutzt wird⁴⁷¹.

AMREIN gibt zu bedenken, dass Art. 1 Abs. 1 UWG den wirtschaftlichen Wettbewerb durch unloyale Mittel verbiete; wer dies missachte, handle widerrechtlich und verletze dadurch den Rechtskreis des Anständigen⁴⁷². Durch solches Verhalten gezogene Vorteile verstießen daher gegen die Erfüllung des wirtschaftlichen Zwecks eines subjektiven Rechts (die Güterzuweisung) und seien grundsätzlich herauszugeben⁴⁷³.

VON FISCHER dagegen lehnt einen zivilrechtlichen Gewinnherausgabeanspruch bei unlauterem Wettbewerb generell ab, weil das UWG keine subjektiven Rechte schaffe, die gewinnbringend ausgebeutet werden könnten, sondern lediglich der Sicherung des freien Leistungswettbewerbs als Grundlage der wirtschaftlichen Betätigung der Persönlichkeit diene⁴⁷⁴. Ähnlich verneint auch VON BUEREN einen Gewinn-

467. WOLF, 58 f.

468. Th. FISCHER, S. 28 ff.

469. VON TUHR/SIEGWART, S. 435, N 46. In der dritten Auflage (VON TUHR/PETER, S. 524) wurde dieser Passus gestrichen.

470. TROLLER II, S. 1136.

471. A.a.O.

472. AMREIN, S. 32.

473. AMREIN, S. 33.

474. VON FISCHER, S. 13 ff.

herausgabeanspruch bei unlauterem Wettbewerb unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung⁴⁷⁵.

Ursprünglich gewährte das BGer in BGE 45 (1919) II 207 ff die Gewinnherausgabe bei unbefugter Benutzung von Plänen von Maschinen: Der Kläger hatte einem Maschinenfabrikanten zwecks Herstellung von Drehbänken nicht urheber- oder erfindungsrechtlich geschützte Pläne übergeben. Dieser nahm in der Folge die Herstellung der Geräte für sich selbst auf, obwohl vereinbart war, dass die Vorlagen ausschliesslich für den Kläger zu verwenden seien. Das Gericht anerkannte, dass Geschäftsführung gemäss OR 423 vorliege, wenn jemand "sich unbefugter Weise in einen fremden Interessenkreis einmischt". Im praktisch gleich gelagerten Fall BGE 77 II 263 ff⁴⁷⁶ hat das BGer dazu keine Stellung genommen.

In BGE 73 II 194 ff (198) berief sich das BGer schliesslich auf die Beratung der eidgenössischen Räte zum UWG⁴⁷⁷, die aus "praktischen Schwierigkeiten" und insbesondere wegen der angeblich "unlösbaren Frage", wem der Gewinn zuzusprechen sei, eine Bestimmung über die Gewinnherausgabe im UWG abgelehnt hatten. "Es liefe somit dem klaren Willen des Gesetzgebers zuwider, über die in Art. 2.I UWG aufgezählten Ansprüche hinaus, dem Verletzten auch noch einen auf einer angeblichen Geschäftsführung ohne Auftrag beruhenden Gewinnherausgabeanspruch zuzubilligen". Gestützt darauf wurde in der Folge in BGE 79 II 327 und BGE 83 II 165 eine "über den dem Verletzten nachweisbar erwachsenen Schaden" hinausgehende Gewinnabschöpfung als "unzulässig" abgetan.

Auch in Deutschland ist die Frage der Gewinnherausgabe bei unlauterem Wettbewerb heftig diskutiert worden. Ähnlich wie MOSER hält KELLMANN - allerdings unter Anwendung

475. VON BUEREN, Komm. UWG, S. 173.

476. Dazu GERMANN, Wettbewerb, S. 212 f.

477. Vgl. Sten. Bull. 1943, StR: S. 53 ff; NR: S. 139 ff.

Dazu unten, S. 236 f.

des Bereicherungsrechts - die Gewinnherausgabe dann für möglich, wenn durch den unlauteren Wettbewerb ein fremdes, identifizierbares Rechtsgut ausgebeutet werde⁴⁷⁸. Dagegen soll in den Fällen reinen Behinderungswettbewerbs (Boykott, Preisunterbietung, persönliche Angriffe, Bestechung etc.) ein Anspruch auf Vorteilsherausgabe ausgeschlossen sein, weil der dadurch Beeinträchtigte "nur verletzt" werde. "Auch wenn der Verletzte seinen eigenen Absatz vergrössern kann, so ist dieser Vorteil zwar "zum Schaden" des Verletzten, nicht aber durch Ausnutzung von dessen bereits vernichteter Marktposition erzielt und folglich auch nicht "auf Kosten" des Verletzten erlangt"⁴⁷⁹. Sodann soll auch in jenen Fällen die Gewinnherausgabe ausgeschlossen sein, in denen nicht ein individuelles Interesse verletzt, "sondern gegen die Interessen der Allgemeinheit oder einer unbestimmten Vielzahl von Beteiligten verstossen wird"⁴⁸⁰. Auch für HAINES ist Kriterium für die Gewährung eines Gewinnherausgabeanspruches bei unlauterem Wettbewerb, ob durch die verletzte Norm, "die rechtliche Sicherung von Individualinteressen" bezweckt werde. Sicheres Indiz dafür sei, dass ein einzelner Betroffener wirksam in die Verletzung einwilligen könne, da ein konsequenter Schutz der Interessen der Allgemeinheit nicht vom Entschluss eines Einzelnen abhängen könne⁴⁸¹.

Für die Gewinnherausgabe bei unlauterem Wettbewerb sprechen sich sodann ausdrücklich auch JAKOBS⁴⁸² und BAUMBACH/HEFERMEHL⁴⁸³ aus, während die Vertreter der Zuweisungstheorie konsequenterweise mit der Begründung dagegen Position beziehen, dass Wettbewerbsverstösse Delikte, nicht aber Eingriffe in ein einem andern ausschliesslich zuge-

478. KELLMANN, S. 144 ff, S. 153.

479. KELLMANN, S. 152. Kellmann widerspricht sich hier m.E. selbst: Was man "zum Schaden" eines andern erlangt hat, ist doch naturgemäß stets "auf Kosten" des Geschädigten erzielt worden.

480. A.a.O.

481. HAINES, S. 93 ff; ebenso KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 98.

482. JAKOBS, S. 116 ff. Vgl. auch WILBURG, S. 44 ff.

483. BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl. UWG, N 356, 393 ff.

wiesenes Gut darstellten und demnach weder Grund für eine Bereicherungsklage noch für einen Anspruch aus Geschäftsanmassung bieten könnten⁴⁸⁴.

bbbb. Zur allgemeinen Funktion des
Wettbewerbsrechts

Um die hier interessierende Frage, ob Vermögensvorteile, die durch unlauteren Wettbewerb erlangt wurden, auf Kosten eines andern im hier verstandenen Sinne gehen, beantworten zu können, m.a.W., ob unlauterer Wettbewerb die Rechtssphäre eines andern beeinträchtigt, ist kurz auf das Wesen des Wettbewerbs im allgemeinen und die Funktion des Wettbewerbsrechtes einzutreten.

Grundsätzlich beruht eine liberale Wirtschaft⁴⁸⁵ auf dem Gedanken, dass das Wirtschaftsleben durch den Wettbewerb reguliert werde⁴⁸⁶, wobei mit MERZ unter "Wettbewerb" das Streben nach einem Vorteil verstanden wird, der nur zu Lasten eines andern errungen werden kann⁴⁸⁷. Dies geschieht dadurch, dass der eine Wettbewerber "den andern mit seinen Leistungen zu überbieten und so den grössten Teil der Kundschaft an sich zu ziehen sucht"⁴⁸⁸. In diesem Wettkampf um die Gunst des Kunden kann es nun leicht vorkommen, dass sich ein Konkurrent unloyaler - unlauterer - Mittel bedient, "die dem Sinn und dem Zweck der Konkurrenzfreiheit widerstreiten"⁴⁸⁹. Diesen negativen Auswüchsen der freien Marktwirtschaft begegnet das Recht mit der Regelung über den unlauteren Wettbewerb (UWG). Nach HUG

484. VON CAEMMERER, S. 396 ff; ESSER, § 104.I, S. 365; MESTMAECKER, S. 525 f; vgl. auch RAISER, ZBJV 97, S. 134 ff.

485. Die Grundidee geht zurück auf SMITH, RICCARDO und QUESNAY; dazu MERZ, Wettbewerb, S. 519. Von der liberalen Wirtschaft ist die Planwirtschaft (etwa im Sinne Marx') zu unterscheiden, auf die die folgenden Ausführungen nicht zutreffen.

486. HUG, S. 24.

487. MERZ a.a.O.; ferner: TROLLER II, S. 1032 ff; KUMMER, S. 5 ff; VON BUEREN, KOMMENTAR UWG, S. 2 f; vgl. auch REIMER/PASTOR, S. 299.

488. BGE 52 II 381.

489. HUG, Wettbewerb, S. 107.

kommt dem Wettbewerbsgesetz die Aufgabe einer "Kampfordnung" zu, die die freie Konkurrenz im Wirtschaftsleben gewährleisten und deren Missbrauch verhindern soll⁴⁹⁰.

Man ist sich heute in der Schweiz und auch in der BRD weitgehend darüber einig, dass die unlautere Wettbewerbsbehandlung als solche nicht ein subjektives Recht des Einzelnen verletzt⁴⁹¹, d.h. die Rechtsordnung greift nicht deswegen ein, weil ein bestimmtes Rechtsgut verletzt wurde, sondern deswegen, weil ein bestimmtes Verhalten im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf als unzulässig, als unfair erscheint, was sich letztlich auch daraus ergibt, dass vor unlauterem Wettbewerb nicht nur die Mitkonkurrenten selbst, sondern auch die Konsumenten und damit die Allgemeinheit geschützt werden (vgl. Art. 2 Abs. 2 UWG). Vor allem ROUBIER betont, dass die Klage aus unlauterem Wettbewerb nicht der Verteidigung eines Rechts, sondern der Abwehr gegen das von der Rechtsordnung missbilligte Verhalten eines Konkurrenten dient⁴⁹². Dies entspricht auch der heutigen Auffassung des BGer, wonach unlauterer Wettbewerb vorliegt, wenn die Machenschaften eines Wettbewerbers gegen Treu und Glauben verstossen: Angeknüpft wird unmittelbar an Art. 2 ZGB⁴⁹³.

490. HUG a.a.O., S. 108; ähnlich FIKENTSCHER, Wettbewerb, S. 228.

491. Dazu ausführlich TROLLER I, S. 123 ff und II, S. 1029 ff; N 105. Das BGer vertrat früher die Ansicht, unlauterer Wettbewerb verletzte das Persönlichkeitsrecht, dazu TROLLER I, S. 124. Eine ähnliche Auffassung wurde neuerdings wieder von KUMMER vertreten (S. 87 ff, und dazu TROLLER II, S. 1030, N 105). Hauptsächlich in Deutschland wurde und wird z.T. die Meinung vertreten, der unlautere Wettbewerb verletze ein sog. "Recht am Unternehmen". Dagegen VON CAEMMERER, Wandlungen des Deliktsrechts (1960), S. 49 ff; RAISER, ZBJV 97, S. 136 ff. Vgl. auch KELLMANN, S. 94, 149; MESTMAECKER, S. 526.

492. ROUBIER I, S. 307 ff.

493. BGE 102 II 43 ff; 72 II 395; vgl. auch UWG I.I. TROLLER I, S. 126; GERMANN, Wettbewerb, S. 210; VON FISCHER, S. 14; VON BUEREN, Kommentar UWG, S. 6 ff und zu UWG 1.

cccc. Beeinträchtigt unlauterer Wettbewerb
eine fremde Rechtssphäre?

Aus dem Gesagten erhellt, dass ein Herausgabeanspruch wegen durch unlauteren Wettbewerb erlangter Vorteile nicht - wie AMREIN annimmt⁴⁹⁴ - damit begründet werden kann, dass das Wettbewerbsrecht dem Güterschutz diene und unlautere Gewinne somit gegen die Güterordnung verstieessen. Dies nämlich würde voraussetzen, dass dem UWG der Schutz bestimmter Güter zugrunde liegen müsste⁴⁹⁵. Das UWG beruht indes auf der Idee, dass bestimmte im Konkurrenzkampf verwendete Mittel gegen Treu und Glauben und somit gegen objektives Recht verstossen.

Auch wer wie MOSER die Führung fremder Geschäfte darin sucht, dass ein Gewerbebetrieb ausgebeutet werde, indem eine Verwechslungsgefahr geschaffen werde, die es dem Verletzer gestatte, eigene Waren für die des Verletzten auszugeben, verkennt, dass der Gewerbebetrieb bzw. das Unternehmen nicht Gegenstand eines subjektiven Rechts sind⁴⁹⁶. Zwar ist das Unternehmen ein immaterielles Gut, es gehört aber nicht zu jenen Immaterialgütern, an denen die Rechtsordnung Ausschliesslichkeitsrechte gewährt⁴⁹⁷. Immaterialgüter aber können, solange sie nicht durch ein Spezialgesetz geschützt, d.h. ihrem Inhaber zugewiesen sind⁴⁹⁸, von jedermann grundsätzlich verwendet werden. Das UWG schreitet gegen eine Benutzung nur dann ein, wenn diese in gegen Treu und Glauben verstossender Weise erfolgt. Das UWG greift dann aber nicht deswegen ein, weil ein subjektives Recht verletzt worden ist, sondern weil die Handlungsweise widerrechtlich erscheint⁴⁹⁹. Demnach

494. AMREIN, S. 30 ff.

495. Dagegen TROLLER II, S. 1029.

496. Vgl. MOSER, S. 271 f.

497. Zum sog. "numerus clausus" der Immaterialgüterrechte: TROLLER I, S. 60 ff.

498. Dieser Schutz beginnt bei Erfindungen, Marken, Mustern und Modellen mit dem Registereintrag, bzw. der Hinterlegung. Vgl. PatG 8; MSchG 4; MMG 5. Dazu TROLLER II, S. 719, 745 f, 766 ff; zum Markenrecht: SCHLUEP, S. 170 ff.

499. So auch VON FISCHER, S. 14 ff.

aber kann auch nicht gesagt werden, dass eine Geschäftsanmassung vorliege⁵⁰⁰. Ebenso wenig liegt bei Benutzung eines fremden Fabrikationsgeheimnisses Geschäftsführung i.S.v. OR 423 vor⁵⁰¹, solange dieses Geheimnis nicht spezialgesetzlich geschützt ist⁵⁰².

Zur Beantwortung der Frage, ob durch unlauteren Wettbewerb erlangte Vorteile auf Kosten eines andern gehen, ist m.E. vom Wesen des Wettbewerbs selbst auszugehen: Es ist gesagt worden, dass wirtschaftlicher Wettbewerb Konkurrenz im Geschäftsleben ist und auf Gewinn gerichtete Tätigkeit voraussetzt⁵⁰³. "Wirtschaftlich handelt nämlich nur, wer auf Gewinn ausgeht"⁵⁰⁴. Dieses Streben nach Gewinn beinhaltet aber auch, dass der Wettbewerber versucht, sich einen Vorteil vor der Konkurrenz zu verschaffen bzw., den Konkurrenten - mit reellen oder unreellen Mitteln - niederzuringen. Nach HUG führt das Prinzip des freien Wettbewerbs zur "cut-throat-competition" und der Konkurrenzkampf führt zum Vernichtungskampf⁵⁰⁵. Zwangsläufig wird in diesem Kampf beabsichtigt oder zumindest in Kauf genommen, dass der Gegner materiellen oder immateriellen Schaden erleidet⁵⁰⁶. "Schädigung ist wettbewerbseigen", sagt VON BUEREN⁵⁰⁷. Solche Nachteile sind dem Verletzten zu ersetzen, wenn die betreffende Wettbewerbshandlung widerrechtlich bzw. unlauter gewesen ist, mithin "stellt Art. 1 UWG nach der schweizerischen Konzeption formal einen Unterfall des Deliktsrechts dar"⁵⁰⁸.

Diese Schädigung der Mitkonkurrenten entsteht neben den primär angestrebten Vorteilen, als mehr oder weniger zufälliger Reflex, als sekundäre Wirkung des wirtschaftli-

500. Vgl. oben, S. 159 ff.

501. So aber MOSER, S. 272; TROLLER II, S. 1136.

502. Ebenso VON FISCHER, S. 15; KELLMANN, S. 93, 153.

503. Oben, S. 173.

504. KUMMER, S. 5.

505. HUG, S. 24 f.

506. Vgl. MERZ, Widerrechtlichkeit, S. 364.

507. VON BUEREN, Kommentar UWG, S. 3.

508. BAUDENBACHER, S. 125; vgl. auch VON TUHR/PETER, S. 412 f und aOR 50.

chen Konkurrenzkampfes und beinhaltet dann eine Beeinträchtigung der Rechtssphäre des Betroffenen, wenn er dadurch materiellen Schaden erleidet⁵⁰⁹ oder in seinen subjektiven Rechten, insbesondere in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt wird. Eine Wettbewerbshandlung kann daher einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre darstellen, die den einen schädigt, dem andern aber Gewinn einbringt.

An sich ist daher die aufgeworfene Frage falsch gestellt: Ob ein im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf erlangter Vorteil auf Kosten anderer geht, ist nicht eine Frage der Lauterkeit, sondern das Wesen des Wettbewerbs an sich beinhaltet, dass der Vorteil des einen zu Lasten eines oder mehrerer anderer geht⁵¹⁰. Diese Benachteiligung anderer ist grundsätzlich erlaubt - unter dem Gesichtspunkt des Evolutionsprinzips sogar erwünscht -, solange der dadurch Bereicherte sich loyaler Mittel bedient. M.a.W., der Wettbewerb - auch der erlaubte - führt regelmässig zu einer Schädigung und damit zu einer Beeinträchtigung anderer und dadurch erzielte Vorteile gehen somit auf Kosten anderer⁵¹¹.

Erlangt z.B. ein Unternehmer A auf erlaubte Weise von einem Fabrikationsgeheimnis des Konkurrenten B Kenntnis, weil dieser es ihm unvorsichtigerweise am Stammtisch ausgeplaudert hat, und benutzt A das Geheimnis in der Folge, so liegt zweifellos erlaubter Wettbewerb vor (vgl. Art. 1 lit. g UWG). Gleichwohl ist der dadurch allenfalls erzielte Gewinn des A auf Kosten des B erlangt, wenn dieser dadurch Schaden erleidet.

509. Durch eine Wettbewerbshandlung kann somit die Rechtssphäre des davon Betroffenen mittelbar beeinträchtigt sein. Denn Schaden ist nach schweizerischem Recht immer Vermögensschaden, also Vermögensverminderung. Das Vermögen seinerseits gehört aber zu den von der Rechtsordnung anerkannten Rechtsgütern einer Person und beruht auf relativen und absoluten Rechten. Dazu oben, S. 126 ff. MERZ, Widerrechtlichkeit, S. 367 f. Vgl. auch HUG, Wettbewerb, S. 112 f. ZR 45 Nr. 202, S. 366.

510. Ähnlich VON FISCHER, S. 2; vgl. auch MERZ, Widerrechtlichkeit, S. 364; VON BUEREN, Kommentar UWG, S. 3.

511. Oben, S. 133 f.

Ob die betreffende Handlung allenfalls unlauter gewesen ist, gibt dagegen Auskunft, ob der gemachte Gewinn - die Bereicherung - ungerechtfertigt und somit dem Beeinträchtigten herauszugeben ist⁵¹².

Wer somit Veranstaltungen trifft, um durch "sklavische Nachahmung"⁵¹³ der Produkte eines andern eine Verwechslungsgefahr herbeizuführen (vgl. Art. 1 lit. d UWG) und infolge dadurch gesteigerten Absatzes der eigenen Erzeugnisse Gewinn macht, ist nicht deswegen auf Kosten des Konkurrenten bereichert, weil er dessen Gut verwendet hat - dieses ist ja u.U. gegen Nachahmung oder Benutzung überhaupt nicht gesetzlich geschützt - sondern weil er den Gewinn zum Schaden eines andern erlangt hat, vorausgesetzt, der Konkurrent hat dabei einen Schaden erlitten. Damit aber steht noch keineswegs fest, dass der gemachte Gewinn dem Geschädigten herauszugeben ist, also diesem gebührt. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Nachahmer unlauter gehandelt hat und der gemachte Gewinn daher ungerechtfertigt erscheint. Ebenso können die Dinge bei Boykott, Anschwärzung oder Schwindelreklame liegen, wobei in einzelnen Fällen die Beeinträchtigung der fremden Rechtspähre auch in einer Verletzung der Persönlichkeit des Mitkonkurrenten bestehen kann⁵¹⁴.

Immerhin ist die Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts dort begrenzt, wo ein Wettbewerber Gewinn auf Kosten unbestimmt Vieler erlangt, also wenn er gegen die Interessen der Allgemeinheit, der Konsumenten oder einer unbestimmten Vielzahl am Wettbewerb Beteiligter verstösst⁵¹⁵. Denn wie bereits gezeigt⁵¹⁶, kann ein privatrechtliches Schuldverhältnis nur dann entstehen, wenn die Bereicherung auf Kosten eines individuell-identifizierbaren Rechtssubjekts erlangt worden ist. So können etwa die geprell-

512. Dazu unten, S. 236 ff.

513. Vgl. BGE 72 II 398 ff; 77 II 263 ff; 83 II 164 f.

514. Vgl. EGGER zu ZGB 28 N 12; GROSSEN, S. 341; HUG, Wettbewerb, S. 112.

515. KELLMANN, S. 152; HAINES, S. 93 ff, 100.

516. Oben, S. 123 f. Vgl. auch ZR 45, Nr. 202, S. 366, Erw. 14, am Anfang.

ten Konsumenten nicht auf Bereicherung des Produzenten klagen, wenn dieser eigene Waren, Werke etc. unter unrichtigen oder irreführenden Angaben i.S.v. Art. 1 lit. d UWG verkauft hat. Ebenso wenig können die Mitbewerber auf Herausgabe des Gewinns klagen, den der Unlautere infolge Verletzung der berufs- oder ortsüblichen Arbeitsbedingungen (Art. 1 lit. h UWG) realisieren konnte, oder indem er durch unlautere Werbung alle übrigen am Wettbewerb Beteiligten benachteiligte (Art. 1 lit. b UWG). Solche, durch Verstoss gegen die Interessen einer unbestimmbaren Vielzahl erzielte Vorteile, können wohl nur durch den Straf- richter in Form von Busse oder möglicherweise gestützt auf Art. 58 StGB abgeschöpft werden⁵¹⁷.

C. BESCHRAENKUNG DES UMFANGES DER BEREICHE-
RUNG AUF KOSTEN EINES ANDERN:
KAUSALITAET ZWISCHEN DEM EINE FREMDE
RECHTSSPHAERE BEEINTRAECHTIGENDEN BZW.
BEREICHERUNGSVERURSACHENDEN EREIGNIS
UND DER EINGETRETENEN BEREICHERUNG

1. Erfordernis der Kausalität im allgemeinen

Damit im Haftpflichtrecht die Zufügung eines Schadens zum Ersatze desselben verpflichtet, muss zwischen dem eingetretenen Schaden und dem Ereignis, an dem die Haftbarmachung anknüpfen will, ein (adäquater) Kausalzusammenhang bestehen⁵¹⁸.

Aehnlich liegen die Dinge im Bereicherungsrecht: Aus dem Erfordernis, dass die Bereicherung "auf Kosten eines an-

517. Dazu VON FISCHER, S. 60 ff. Immerhin ist ein Klagerecht eines Wirtschaftsverbandes, der zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder statutarisch befugt ist, anzunehmen, wenn jemand widerrechtlich Gewinn auf Kosten der unbestimmten Vielzahl der Mitglieder des betreffenden Wirtschaftsverbandes gemacht hat (vgl. UWG 2.III).

518. OPTINGER I, S. 70 ff; LARENZ, Schuldrecht I, § 27.III, S. 351 ff.

dern" erlangt sein muss, ist, wie schon verschiedentlich angedeutet wurde, unschwer zu erkennen, dass die eingetretene Bereicherung ursächlich auf dem Ereignis beruhen muss, das die fremde Rechtsphäre beeinträchtigt bzw. die Bereicherung bewirkt, m.a.W., zwischen der Zuwendung, dem Eingriff oder dem Zufall und der Bereicherung muss ein Kausalzusammenhang bestehen⁵¹⁹. Die Bereicherung geht also nur in dem Umfange auf Kosten eines andern, als die Vermögensvermehrung und die Beeinträchtigung der fremden Rechtssphäre (i.S.v. "Beeinträchtigen") in einer Ursache-Wirkung-Beziehung zueinander stehen. Wie OFTINGER zum Kausalitätsprinzip allgemein bemerkt, handelt es sich dabei um "ein Postulat der Vernunft, das keiner weiteren Begründung bedarf"⁵²⁰.

2. Art der Kausalität zwischen dem bereicherungsverursachenden Ereignis und der eingetretenen Bereicherung

a. Ablehnung der Adäquanztheorie im Bereicherungsrecht

Im Schadenersatzrecht wird unter den für den Eintritt des Schadens notwendigen Bedingungen dahin eine Auswahl getroffen, dass nur jene Ursachen als haftpflichtbegründend in Frage kommen, "die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung" geeignet sind, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen⁵²¹.

Diese Lehre vom sogenannten adäquaten Kausalzusammenhang

519. WENNER, S. 62, N 116; WITTMANN, S. 62; ESSER, Schuldrecht II, § 104.I, S. 364; JAKOBS, S. 31 f.

Vgl. auch MOSER, S. 189 ff und Th. FISCHER, S. 109 ff.

520. OFTINGER I, S. 70. Die Lehre vom Kausalzusammenhang beruht auf dem naturwissenschaftlichen Prinzip, dass es keine Wirkung ohne Ursache gebe. Dazu im einzelnen WEITNAUER, S. 323; LARENZ a.a.O., S. 352; ferner BROCKHAUS-ENZYKLOPAEDIE, Bd. 10 (Wiesbaden 1970), S. 46 f (Stichwort "Kausalität").

521. OFTINGER I, S. 72; BGE 89 II 250, 100 II 73/164, 102 II 237, 103 II 244. Ferner: OSER/SCHOENENBERGER zu OR 41, N 79; KELLER/LANDMANN, Tafel 37; WEITNAUER, S. 331 ff.

geht auf den Physiologen Johannes VON KRIES zurück⁵²² und soll im Schadenersatzrecht rechtlich unerhebliche Kausalverläufe ausschalten. Der Zweck ist ein rechtspolitischer: Im Interesse des Rechtsverkehrs und zum Schutze des Schädigers, der den Ersatz aus seinem Vermögen zu leisten hat, soll eine Begrenzung der Haftung erreicht werden. Der Schädiger soll nicht für ganz entfernte, unabsehbare Folgen einstehen müssen⁵²³.

Im Bereicherungsrecht dagegen ist dieser Schutz des Schuldners nicht angebracht, denn dieser wird nicht zum "Griff in die eigene Tasche" verpflichtet, sondern er soll lediglich das herausgeben, was er zuviel hat⁵²⁴. Somit aber wird das Vermögen des Bereicherungsschuldners durch die Rückerstattung nicht vermindert, sondern es beträgt nach erbrachter Leistung ebensoviel wie es vor dem Bereicherungsvorgang ohnehin betragen hat. Indirekt wird dieser Gedanke auch in OR 64 ausgesprochen, wonach die Rückerstattung vom gutgläubigen Bereicherten nur insoweit gefordert werden kann, als dieser zur Zeit der Rückforderung nachweisbar (noch) bereichert ist: Dem Schutze des Kondiktionsschuldners ist Genüge getan, wenn sichergestellt ist, dass der Gutgläubige durch die Rückerstattung keine Vermögenseinbusse erfährt⁵²⁵.

522. Dazu WEITNAUER, S. 326 ff; OFTINGER I, S. 71 ff.

Die Adäquanztheorie ist in jüngster Zeit heftiger Kritik ausgesetzt; vgl. etwa LANGE, AcP 156, S. 114 ff und VON CAEMMERER, in: Gesammelte Schriften I (Tübingen 1968), S. 395 ff; FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 49.III.3., S. 250 f. In der Schweiz schliesst sich diesen Autoren an Walter LANZ, Alternativen zur Lehre vom Adäquaten Kausalzusammenhang (Diss. St. Gallen 1974), S. 33 ff. Dagegen wiederum OFTINGER a.a.O. und WEITNAUER, S. 321 ff; sowie LARENZ, Schuldrecht I, § 27.III, S. 354 ff. Gegen das Prinzip der Kausalität überhaupt spricht sich KELLMANN, S. 134 ff, aus. Es handle sich dabei um eine "durch nichts zu beweisende philosophische Hypothese."

523. OFTINGER I S. 74 ff; WEITNAUER, S. 325 f.

524. Ebenso MOSER, S. 191 f; Th. FISCHER, S. 109; ESSER, Schuldrecht II, § 104.I, S. 364; KELLMANN, S. 137. Auch WENNER (S. 61) und WITTMANN (S. 59), lehnen die Adäquanztheorie im Bereicherungsrecht als "zu eng" ab.

525. Dazu VON TUHR/PETER, S. 502; vgl. auch BGE 73 II 108 f.

b. Natürliche Kausalität zwischen dem bereicherungs-
verursachenden Ereignis und der eingetretenen
Bereicherung

Nach dem Gesagten muss es grundsätzlich genügen, dass zwischen dem bereicherungsverursachenden Ereignis - der Zuwendung, dem Eingriff oder dem Zufall - und der eingetretenen Bereicherung ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, wenn also feststeht, dass die Bereicherung ohne das betreffende Ereignis nicht eingetreten wäre, oder m.a.W., wenn das betreffende Ereignis für die eingetretene Bereicherung "conditio sine qua non" ist⁵²⁶.

So beeinträchtigt zwar der Schmied, in dem von WILBURG verwendeten Beispiel⁵²⁷, die Rechtsphäre des Komponisten, dem er sich vertraglich verpflichtet hat, zu bestimmter Stunde nicht zu hämmern, wenn er dies trotzdem tut. Indes ist der aus dem Erlös der in dieser Zeit hergestellten Erzeugnisse realisierte Gewinn m.E. deswegen nicht auf Kosten des Komponisten erlangt, weil die Vertragsverletzung für den gemachten Gewinn nicht conditio sine qua non gewesen ist, hätte der Schmied doch denselben Gewinn erzielen können, wenn er zu irgend einer andern Tagesstunde gearbeitet hätte⁵²⁸. Hat andererseits ein Grundeigentümer sich zugunsten des Nachbarn verpflichtet, sein Grundstück nicht über eine bestimmte Höhe hinaus zu überbauen (vgl. ZGB 730 ff) und baut er dann trotzdem höher - weil durch die bessere Ausnützung des belasteten Grundstücks der Wert

526. WENNER, S. 62, N 116; WITTMANN, S. 59; MOSER, S. 192; Th. FISCHER, S. 109; ESSER a.a.O.; JAKOBS, S. 31. Ferner BECKER zu OR 62, N 8; OSER/SCHOENENBERGER zu OR 62, N 8. Nach BGE 73 II 108 ff, kann "dieser Zusammenhang nicht nur rechtlicher, sondern auch wirtschaftlicher Natur sein."

527. WILBURG, S. 105; dazu eingehend KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 83 ff.

528. Dagegen kann die Vertragsverletzung des Schmieds allenfalls Grund für eine Schadenersatzklage gem. OR 97 sein, wenn das Hämmern für einen entstandenen Schaden adäquat kausal war. Vgl. auch das Beispiel bei JAKOBS, S. 31: Wenn ein Fabrikant fremde Kohle zur Speisung seiner Energieanlage benutzt, ist dieser Eingriff nur conditio sine qua non für die objektive Bereicherung, d.h. die Ersparnis eigener Kohle, nicht aber für den gesamten Produktionsgewinn.

der Anlage vergrössert wird -, so ist er auf Kosten des Nachbarn bereichert, weil diesfalls die Vertragsverletzung *conditio sine qua non* für die Bereicherung war, m.a.W. ohne Verletzung des fremden Rechts wäre die Bereicherung überhaupt nicht möglich gewesen⁵²⁹.

c. Ursachenkonkurrenz bei Gewinn

aa. Das Problem

Besteht die Bereicherung des Schuldners teilweise oder ganz aus Gewinn⁵³⁰, so tritt neben das die fremde Rechtssphäre beeinträchtigende Ereignis eine weitere Ursache der Bereicherung, nämlich die eigene Leistung, das Tätigwerden des Bereicherten: Es liegt Ursachenkonkurrenz vor⁵³¹. Die eingetretene Bereicherung beruht dann nicht allein auf der Beeinträchtigung der fremden Rechtssphäre, sondern ist auch das Ergebnis des Aktivwerdens des Bereicherten, seiner Fähigkeiten oder der Investition eigener Mittel, und es fragt sich, ob der gesamte Gewinn auf Kosten des Beeinträchtigten geht⁵³². Insbesondere scheint es dann zweifelhaft, dass ein Gewinn auf dessen Kosten erlangt wurde, wenn etwa der Eingriff in eine fremde Rechtssphäre infolge besonderer Fähigkeiten oder aussergewöhnlichem Aufwand des Eingreifers als Ursache des Gewinns neben-

529. Dies wird durch die Verhältnisse im Grundstückhandel bestätigt, übersteigt doch der Preis für den Auskauf aus derartigen Servituten oft den Betrag dessen, was das begünstigte Grundstück dadurch an Wert verliert. Darin steckt m.E. der Gedanke, dass auch der meist grössere Gewinn des andern relativiert und zumindest teilweise demjenigen zugeführt werden soll, auf dessen Kosten er erlangt wird.

530. D.h. Subjektive Bereicherung, dazu oben S. 151 ff.

531. Dazu OFTINGER I, S. 96 ff.

532. In diesem Zusammenhang wird vielfach von "Kombinationseingriffen" gesprochen: SCHULZ, S. 102 ff; 178 ff; JAKOBS, S. 123 ff; KELLMANN, S. 139 ff; MOSER, S. 194 ff; Th. FISCHER, S. 109 ff; AMREIN, S. 42 ff.

Darunter wird jeweils auch der Fall verstanden, in dem eine Bereicherung auf Kosten mehrerer, individuell bestimmbarer anderer erlangt wird. Diese Frage gehört m.E. nicht hierher, sie entscheidet sich nach dem Beitragswert der beeinträchtigten Rechtssphären; oben, S. 124.

Vgl. ferner auch WILBURG, S. 126 ff; BECKER zu OR 62, N 7; BGE 35 II 660.

sächlich erscheint. Ein Beispiel soll dies verdeutlichen: Ein mittelloser, jedoch äusserst begabter Komponist dringt nachts in ein Pianohaus ein und komponiert auf einem der dort ausgestellten Flügel ein grossartiges Werk, das ihn in der Folge berühmt macht und ihm Gewinn einbringt. Zwar benutzt der Komponist fremdes Gut und beeinträchtigt insofern eine fremde Rechtsphäre; den Gewinn realisiert er jedoch in erster Linie durch das Ausschöpfen der eigenen Fähigkeiten, der Eingriff in die fremde Rechtssphäre erscheint daneben nebensächlich.

Es ist daher die grundsätzliche Frage aufzuwerfen, in welchem Umfang in solchen Fällen die Bereicherung noch auf Kosten des Beeinträchtigten geht, oder ob überhaupt noch die Rede davon sein könne, dass der Gewinn auf dessen Kosten gemacht wurde oder anders ausgedrückt, welchen Intensitätsgrad die Leistung des Bereicherten aufweisen muss, damit eben nicht mehr gesagt werden kann, die Vermögensvermehrung sei auf Kosten des Beeinträchtigten erlangt.

bb. Lösungsmöglichkeiten

WILBURG hat zur Lösung dieses Problems zwei Wege vorgeschlagen:

In erster Linie soll ein Gewinn verhältnismässig nach den geleisteten Beitragswerten zwischen Kläger und Bereicherter verteilt werden⁵³³. Diese Ansicht untermauert WILBURG mit dem Hinweis, dass die verhältnismässige Verteilung nach Beitragswerten in zahlreichen gesetzlichen Bestimmungen ihren Ausdruck gefunden habe. So "entscheidet nach dem Wertverhältnis das Sachenrecht, wenn Sachen verschiedener Eigentümer sich durch Verbindung in eine gemeinsame Sache verwandeln. Die Beteiligten werden verhältnismässig Miteigentümer" (§ 947.I BGB)⁵³⁴.

533. WILBURG, S. 128 ff. "Dabei handelt es sich nicht um Grade der Ursächlichkeit, sondern um wirtschaftliche Zurechnung, nach den Grundsätzen des praktischen Lebens." (S. 131)

534. WILBURG a.a.O.; BGB 947.I entspricht ZGB 727.I. Als weiteres Beispiel nennt WILBURG die Gewinnverteilung im Gesellschaftsrecht nach § 722 BGB (anders dagegen OR 533).

Sodann soll der Bereicherte nach WILBURG für sein Tätigwerden ein angemessenes Entgelt erhalten, wenn sich die Berechnung nach Anteilen als undurchführbar erweise⁵³⁵. Der Auffassung WILBURG's folgen im wesentlichen ESSER⁵³⁶ und KELLMANN⁵³⁷.

Dagegen vertrat SCHULZ die Auffassung, es sei nach einer Hauptursache des Gewinns zu suchen, der dann der ganze Gewinn zuzuordnen sei⁵³⁸. Die übrigen "Komponenten" seien nach ihrem objektiven Wert entsprechend zu vergüten. Welches die Hauptursache des Gewinns sei, beantwortet SCHULZ durch Analogie zu § 947.II BGB⁵³⁹. Dieser Meinung hat sich in jüngster Zeit vor allem JAKOBS angeschlossen, der dieser "nichts Besseres entgegenzustellen" hat⁵⁴⁰.

Nach MOSER gebührt dem Verletzten nur - das aber vollständig - was er, bzw. der von ihm zu vertretende Faktor zum Gewinn beigesteuert hat⁵⁴¹. Welches diese für den erzielten Gewinn des Eingreifers, vom Verletzten gesetzte "notwendige Bedingung" ist, entscheidet er nach Kausalitätsregeln: Dem Verletzten soll dasjenige vollständig zukommen, was der Verletzte "nur zufolge der Verletzung erzielte"⁵⁴². Im Gegensatz zu SCHULZ berechnet MOSER den Wert dieses Faktors nicht nach objektiven Kriterien; er weist darauf hin, "dass diese Methode infolge der häufigen Unbestimmbarkeit des objektiven Wertes immaterieller,

535. WILBURG, S. 133 ff. Letzterem ist aber entgegenzuhalten, dass der herauszugebende Gewinn ohnehin Nettogewinn ist (unten S. 234). Dazu auch MOSER, S. 220 f; vgl. auch WILHELM, S. 100.

536. ESSER, Schuldrecht II, § 104.II, S. 369.

537. KELLMANN, S. 129 ff, insbes. S. 141.

Entsprechend der teilweise in den USA üblichen Praxis, verteilt KELLMANN (S. 140) den Gewinn proportional nach den Produktionskosten. Dieser Auffassung hat MOSER m.E. mit Recht entgegengehalten, dass der Preis einer Ware nicht allein von den Herstellungskosten, sondern auch durch die Marktverhältnisse bestimmt wird. Ebenso Th. FISCHER, S. 110, N 15.

538. SCHULZ, S. 102 ff, insbes. S. 109, 178 ff.

539. SCHULZ, S. 125; BGB 947.II entspricht ZGB 727.II.

540. JAKOBS, S. 126; vgl. auch S. 24 ff; ähnlich auch schon ORTH, S. 129 ff.

541. MOSER, S. 200 ff; dazu JAKOBS, S. 126 ff.

542. MOSER, S. 209.

nichtsdestoweniger zu berücksichtigender Gewinnfaktoren, oft nicht durchführbar ist"⁵⁴³. Zudem sei ja nicht darauf abzustellen, was der Verletzte hätte erzielen können (was dem objektiven Wert des verletzten Gutes entspricht⁵⁴⁴), sondern einzig darauf, was er tatsächlich erzielt hat⁵⁴⁵. Dem stimmt grundsätzlich auch Th. FISCHER zu und verweist für eine gerechte Lösung im Einzelfall auf die konkreten Umstände⁵⁴⁶.

Dagegen ist der Wert der Tätigkeit des Bereicherten nach AMREIN nicht zu berücksichtigen, da die Gewinnherausgabe die Reaktion des Rechts auf widerrechtliches Verhalten sei⁵⁴⁷. Auszugehen sei vom Grundsatz, dass der gesamte gezogene Gewinn dem Verletzten gebühre⁵⁴⁸. Eine Reduktion des Gewinnes rechtfertige sich nur da, wo Güter gutgläubig verletzt worden seien⁵⁴⁹, was durch ein angemessenes Entgelt auszugleichen sei⁵⁵⁰.

cc. Beurteilung der Lösungsmöglichkeiten

Vergleicht man die vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten, so wird man feststellen, dass die Ursachen des eingetretenen Gewinns, bzw. die Kausalität, in unterschiedlichem Masse berücksichtigt werden. Abzulehnen ist m.E. die Auffassung AMREINS, wonach die eigenen Leistungen des Eingreifers als Ursache des Gewinns überhaupt nicht zu berücksichtigen sind. Danach nämlich müsste im oben verwendeten Beispiel der Komponist, der widerrechtlich einen fremden Flügel benutzt um ein berühmtes Werk zu komponieren, den

543. MOSER, S. 198.

544. ORTH, S. 82 ff, 99 und 125 ff.

545. MOSER, S. 199.

546. Th. FISCHER, S. 109 ff, 111.

547. AMREIN, S. 45.

548. AMREIN, S. 49.

549. AMREIN, S. 51 f.

550. AMREIN, S. 53 ff.

dadurch gemachten Gewinn dem Eigentümer des Flügels abliefern⁵⁵¹, was vom Ergebnis her untragbar ist.

Richtig ist andererseits, dass die Berücksichtigung der Kausalität allein zu keinem befriedigenden Ergebnis führt. Die Klärung des Problems wird m.E. aber erschwert, wenn in die Beurteilung Umstände miteinbezogen werden, die aus bereicherungsrechtlich-systematischer Sicht bei der Ungerechtfertigtkeit der auf fremde Kosten erlangten Bereicherung zu prüfen sind. Dies wird an einem von MOSER verwendeten Beispiel deutlich: "A hat sich mit dem Geld des B ein Los gekauft und gewinnt damit einen diese Geldsumme um ein Vielfaches übersteigenden Betrag". Neben der Verfügung über fremdes Geld sei nun ein weiterer, äusserer Faktor als notwendige Bedingung für den Gewinn anzusehen, nämlich das Lotterieg Glück, und es frage sich, wem dieses zuzuordnen sei. Nach Würdigung aller Umstände - so argumentiert MOSER - sei nun der Gewinn dann dem Eigentümer des Geldes zuzusprechen, wenn A das Geld gestohlen habe; habe B dagegen das Geld "nur" unterschlagen, oder habe er es gar durch einen Irrtum erlangt, könne "sich sehr wohl eine andere Lösung, d.h. die Belassung des Gewinnes beim glücklichen Gewinner, rechtfertigen"⁵⁵².

Aus bereicherungsrechtlicher Sicht kann es m.E. für die Frage, ob B den Lotteriegewinn auf Kosten des A erlangt hat, keine Rolle spielen, ob er das Geld ursprünglich gestohlen hat oder nicht, bzw. ob er gut- oder bösgläubig war. Die konkreten Umstände, die zur Bereicherung geführt haben, können m.E. erst dann berücksichtigt werden, wenn feststeht, dass er überhaupt auf Kosten des A bereichert ist und geprüft wird, ob die Bereicherung gerechtfertigt ist oder nicht.

551. Vgl. oben S. 184. Die objektive Bereicherung, also etwa die eingesparte Benutzungsgebühr, ist jedenfalls auf Kosten des Eigentümers erlangt.

552. MOSER, S. 202 f.

dd. Lösungsvorschlag

Ob ein Gewinn auf Kosten eines andern gemacht wurde, beurteilt sich einzig danach, ob er durch Beeinträchtigung eines fremden Rechtskreises erlangt wurde und ob die störende Handlung für den erlangten Vorteil kausal war, und dies ist immer dann der Fall, wenn er ohne die Beeinträchtigung der fremden Rechtssphäre nicht hätte erlangt werden können. Wie dabei das Aktivwerden des Bereicherten selbst zu berücksichtigen ist, ist wohl nicht allein eine Frage der Ursächlichkeit, sondern ähnlich der Adäquanztheorie, auch ein iuristisches Zurechnungsproblem⁵⁵³: Es fragt sich, wie die eigenen Leistungen, also das Tätigwerden des Bereicherten gegenüber der Störung des fremden Rechtskreises beschaffen sein muss, damit der daraus resultierende Erfolg der Rechtssphäre des Beeinträchtigten nicht mehr zugerechnet werden kann⁵⁵⁴, oder anders, dass eben nicht mehr gesagt werden kann, die Bereicherung, der Gewinn, sei auf Kosten des Beeinträchtigten erlangt: Auch hier sollen (rechtlich) unerhebliche, rein theoretisch bestehende Kausalverläufe von vorne herein ausgeschlossen werden.

In diesem Sinne ist das eine fremde Rechtssphäre beeinträchtigende Ereignis - die Zuwendung, der Eingriff oder ein Zufall - für den gemachten Gewinn dann als kausal anzusehen, wenn dieses neben den Leistungen des Bereicherten, n o c h als wesentliche Bedingung für den erzielten Gewinn anzusehen ist⁵⁵⁵. Nur wenn gesagt werden kann,

553. Dazu WEITNAUER, S. 324 und LARENZ, Schuldrecht I, § 27.III, S. 354.

Die Zurechnungstheorie geht auf die iustitia distributiva zurück, dazu COING, S. 148 f; vgl. auch WILBURG, S. 131.

554. Ähnlich auch WILHELM, S. 99 f.

555. Ebenso MOSER, S. 200 f; Th. FISCHER, S. 110 f.

Zur "Theorie von der wesentlichen Bedingung", WEITNAUER, S. 324 f und dort. Zitate (N 12). Nach WEITNAUER a.a.O. ist diese These angebracht, "wo es nicht um Zurechnung eines Schadens zu einem zu Schadenersatz verpflichtenden Verhalten, sondern um die Beschreibung eines unter anderem durch die Art der Verursachung näher bestimmten Ereignisses geht."

dass die Beeinträchtigung des klägerischen Rechtskreises wesentlich zum Erfolg, zum erzielten Gewinn, beigetragen hat, kann auch gesagt werden, dass der Gewinn auf Kosten des Klägers erlangt wurde.

Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Gewinn überhaupt nur dadurch zu realisieren war, dass die klägerische Rechtssphäre beeinträchtigt wurde, wenn z.B. der Gewinn ausschliesslich durch Benutzung eines bestimmten fremden Patentes erzielt werden konnte⁵⁵⁶.

Wird ein urheberrechtlich geschütztes Bühnenstück unbefugterweise verfilmt, geht der gemachte Gewinn dann auf Kosten des verletzten Autors, wenn der Erfolg des Films wesentlich auf die verfilmte Story zurückzuführen ist. Anschaulich lässt sich dies am amerikanischen Fall *Cason v. Baskin*⁵⁵⁷ verdeutlichen: Eine bekannte Schriftstellerin hatte die Person einer nicht prominenten Bekannten als Vorbild für die Darstellung einer Nebenfigur in einem Roman verwendet. Zwar wurde eine Verletzung des right of privacy angenommen und "nominal damages" wurden zugesprochen (insbesondere, weil die Person in ihrem Lebenskreis identifizierbar war). Ein mit diesem Roman erlangter Gewinn der Schriftstellerin geht diesfalls aber nicht auf Kosten der Verletzten, denn es ist kaum anzunehmen, dass gerade die Verwendung dieser Person als Vorbild einer Romangestalt zu einer Steigerung des Buchabsatzes geführt hat. Anders wäre dagegen zu entscheiden, wenn die Prominenz der verletzten Person den Erfolg des Romans wesentlich gefördert oder gar allein bewirkt hätte⁵⁵⁸. So verdankt etwa gerade die sogenannte "Regenbogenpresse" ihren Erfolg vielfach dem sensationslüsternen Inhalt, der nicht selten die Persönlichkeitssphäre von Prominenten aus Gesellschaft, Politik, show-business oder Sport verletzt⁵⁵⁹.

556. Vgl. BGE 35 II 660.

557. 168 A.L.R. 430, 20 So. 2nd. 244, 155 Fla. 198 (1944).

558. Ebenso SCHLECHTRIEM, S. 460. In ZR 79 (1980) Nr. 98 f, stellt das Gericht fest, dass die Verwendung des Bildes eines Mannequins geeignet ist, als Blickfang auf der Umschlagseite eines Buches den Kaufentschluss beim Publikum zu fördern und daher mit besonderer Sorgfalt ausgesucht werde.

Keine wesentliche Bedingung für einen erzielten Gewinn ist die Beeinträchtigung der fremden Rechtssphäre hauptsächlich dann, wenn der fragliche Gewinn ausschliesslich vom Bereicherten selbst, etwa aufgrund aussergewöhnlicher Fähigkeiten, realisiert werden konnte. Entscheidend sind dabei nicht etwa die mangelhaft oder allenfalls überhaupt nicht vorhandenen Fähigkeiten des Beeinträchtigten, sondern massgebend ist, dass der Bereicherte über aussergewöhnliche Begabung verfügt, so dass nur er den Gewinn machen konnte - oder negativ ausgedrückt, massgebend ist, dass "man" den betreffenden Gewinn normalerweise nicht machen kann. Diesfalls nämlich ist der Gewinn im wesentlichen nicht darauf zurückzuführen, dass der Bereicherte allenfalls in eine fremde Rechtssphäre eingegriffen hat, sondern auf die Verwertung eigener Fähigkeiten, und es kann daher nicht gesagt werden, der Gewinn gehe auf Kosten des Beeinträchtigten. So nutzt etwa der Komponist, der unbefugt auf einem fremden Flügel ein grosses Werk komponiert, die eigenen Fähigkeiten, die Beeinträchtigung der fremden Rechtssphäre - die Benutzung einer fremden Sache - erscheint daneben für einen mit dem Stück erzielten Gewinn rein nebensächlich, ja zufällig, weil nicht anzunehmen ist, dass "man" bei Benutzung des Flügels gewöhnlich den gleichen Gewinn machen könnte⁵⁶⁰.

Ebenso ist die Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre m.E. dann keine wesentliche Bedingung für erlangten Gewinn, wenn dieser ebensogut durch die Beeinträchtigung irgendeiner Rechtssphäre oder durch Verwertung eigener Positionen hätte erzielt werden können⁵⁶¹. Danach hat etwa B im oben verwendeten Beispiel den Lotteriegewinn eben überhaupt nicht auf Kosten des A erlangt⁵⁶²: B ist zwar objektiv bereichert um den Geldbetrag, den er von A erlangt hat; die Schädigung A's ist dagegen keine wesentliche Bedingung für den Lotteriegewinn des B, denn diesen

Mithin geht somit der durch den Buchabsatz erlangte Profit in dem Umfange auf Kosten des Mannequins, als er prozentual auf die günstige Wirkung des Umschlagbildes zurückzuführen ist.

559. Vgl. MERZ, Persönlichkeitsrecht, S. 136; JAKOBS, S. 134.

560. Dagegen ist der Komponist um die ersparte Benutzungsgebühr objektiv bereichert, oben, N 551.

561. Ähnlich auch HAINES, S. 128 und KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 164.

562. Vgl. oben, S. 187.

hätte er gleichermassen mit eigenem Geld - also ohne Beeinträchtigung eines andern - oder mit dem Geld irgend eines andern erzielen können⁵⁶³. Ebenso wäre wohl zu entscheiden, wenn z.B. jemand einen fremden Lastwagen entwendet und damit Transportfahrten ausführt: Objektiv bereichert auf Kosten des Lastwageneigentümers ist er um die Ersparnis dessen, was er redlicherweise für die Miete des Wagens hätte bezahlen müssen. Den mit den Transportfahrten erlangten Gewinn indessen hätte er mit irgend einem andern Gefährt ebenfalls erzielen können; insofern erscheint der Eingriff in die Rechtssphäre des Eigentümers wohl nicht als wesentliche Bedingung für den gemachten Gewinn.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre (i.S.v. "Beeinträchtigen") dann für einen erlangten Gewinn kausal gewesen ist, wenn sie unter Würdigung aller Umstände als wesentliche Ursache des eingetretenen Gewinns zu betrachten ist. Was in diesem Sinne im Einzelfall als *conditio sine qua non* des Gewinns anzusehen ist, appelliert wie jedes Zurechnungsproblem "nicht an die Logik, sondern an die praktische Vernunft"⁵⁶⁴.

563. Anders wäre wohl dann zu entscheiden, wenn sich jemand einen Betrag aneignet und damit gewinnbringend spekuliert, den er selbst - ohne die Aneignung - niemals zur Verfügung gehabt hätte.

564. So OETINGER I, S. 76 und WEITNAUER, S. 337; vgl. auch Th. FISCHER, S. 111.

3. K a p i t e l :

UNGERECHTFERTIGTHEIT DER BEREICHERUNG

§ 1. BEDEUTUNG UND FUNKTION DER VORAUSSETZUNG DER UNGERECHTFERTIGTHEIT

I. BEREICHERUNGSRECHTLICH-SYSTEMATISCHE FUNKTION DER VORAUSSETZUNG DER UNGERECHTFERTIGTHEIT

Im Bisherigen ist untersucht worden, wann eine Bereicherung auf fremde Kosten erlangt worden ist. Indessen entsteht ein Bereicherungsanspruch nicht schon allein deswegen, weil ein Vorteil auf Kosten eines andern erlangt wurde; der Beeinträchtigte hat nur dann einen Anspruch auf Rück- bzw. Herausgabe des Erlangten gegen den Bereicherten, wenn dieser die Bereicherung ungerechtfertigt erlangt hat und diese daher - objektiv betrachtet - dem Beeinträchtigten gebührt. So kommt wohl niemand auf die Idee, dem Schenkenden einen Bereicherungsanspruch gegen den Beschenkten zuzubilligen; zwar ist dieser auf Kosten des ersteren bereichert, aber eben nicht ungerechtfertigt, weil die Bereicherung aufgrund des Schenkungsvertrages eingetreten ist. Auch der durch erlaubten Wettbewerb erzielte Gewinn ist demjenigen mangels Ungerechtfertigtheit der Vermögensvermehrung nicht herauszugeben, der dadurch allenfalls geschädigt wird. Ebenso liegen die Dinge, wenn die Ernte eines Bauern durch ein Unwetter vernichtet worden ist, so dass dessen Nachbar zufolge Wegfalls der Konkurrenz durch besseren Absatz seiner eigenen Früchte

einen Gewinn erzielt: Dieser ist zweifellos auf Kosten des geschädigten Bauers bereichert. Ein Bereicherungsanspruch kommt indessen nicht in Betracht, weil die Bereicherung nicht ungerechtfertigt erscheint.

Wer also wie die Vertreter der deutschen Zuweisungstheorie die Voraussetzungen "auf Kosten eines andern" und "in ungerechtfertigter Weise" bei der Eingriffskonklusion zu einem einzigen Tatbestandsmerkmal verschmelzen lässt¹, übersieht, dass dadurch ein klarer Tatbestandesaufbau verunmöglicht wird; denn nicht jede Bereicherung, die auf fremde Kosten erlangt wurde, ist ungerechtfertigt².

Mithin wird zum entscheidenden Kriterium darüber, ob eine Bereicherung demjenigen herauszugeben ist, auf dessen Kosten sie erlangt wurde, dass diese Vermögensvermehrung ungerechtfertigt erscheint. Ausdrücklich bestimmt daher Art. 62 Abs. I OR, dass nur derjenige die Bereicherung zurückzuerstatten habe, der "in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist"³.

II. BEDEUTUNG DER UNGERECHTFERTIGTHEIT DER BEREICHERUNG

A. NACH HERRSCHENDER SCHWEIZERISCHER LEHRE: UNGERECHTFERTIGTHEIT ALS MANGEL EINES RECHTLICHEN GRUNDES

Auch für die Beurteilung, wann eine Bereicherung ungerechtfertigt ist, ist nach herrschender schweizerischer Auffassung die Vorstellung des Bereicherungs Vorgangs als

-
1. VON CAEMMERER, S. 353; LARENZ, Schuldrecht II, § 68.II, S. 475. Dazu oben, S. 76 f.
 2. Ebenso HAINES, S. 86 ff.
 3. Vgl. den Wortlaut von § 812 BGB: "ohne rechtlichen Grund".

Vermögensverschiebung bestimmend: Da allgemein davon ausgegangen wird, eine Bereicherung trete immer zufolge einer Vermögensverschiebung ein, hält man generell dafür, die Bereicherung auf Kosten eines andern sei dann ungerechtfertigt, wenn die Vermögensverschiebung (rechts-)grundlos, d.h. sine (justa) causa erfolgt sei⁴. Man stützt sich darauf, dass Art. 62 Abs. 2 OR ausdrücklich sage, eine Bereicherung sei insbesondere ungerechtfertigt, wenn jemand "ohne jeden gültigen Grund" bereichert sei. Dabei wird allerdings übersehen, dass Abs. 1, der den allgemeinen - alle Einzelfälle umschreibenden - bereicherungsrechtlichen Grundsatz statuiert, den Ausdruck "in ungerechtfertigter Weise" verwendet, was durchaus nicht mit "grundlos" gleichgesetzt werden muss noch kann⁵. Die kasuistische Aufzählung in Abs. 2 hat nur exemplarischen Charakter, was schon allein aufgrund des Wortlauts ("Insbesondere tritt die Verbindlichkeit dann ein, wenn ...") unbestritten sein muss⁶. M.a.W. aus Abs. 2 kann nicht abgeleitet werden, dass Ungerechtfertigkeit "Rechtsgrundlosigkeit" bedeutet. Abgesehen davon hat Abs. 2, seit sich in der Schweiz die kausale Natur der Tradition durchgesetzt hat, nur noch untergeordnete Bedeutung, weshalb ihm - mit JANNER⁷ - kaum mehr als historischer Wert beizumessen ist⁸.

Uneinigkeit herrscht schliesslich über den Begriff "causa". Zutreffend hat WENNER im Anschluss an KUMMER dazu bemerkt, dass sich die im Zusammenhang mit dem Begriff der causa auftretenden Schwierigkeiten nicht durch allgemeine Umschreibungen, etwa als "rechtlich zureichender Beweggrund" oder als "die Summe aller zusätzlichen Vor-

4. BECKER zu OR 62, N 8 ff; BUCHER, Allg. Teil OR, S. 600 f; AEBLI, S. 26 ff; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 204 ff; OSER/SCHOENENBERGER zu OR 62, N 11 ff; VON TUHR/PETER, S. 476 ff, S. 494; WENNER, S. 65 ff; WITTMANN, S. 79 ff.

5. So auch JANNER, S. 56.

6. BECKER zu OR 62, N 10; BUSSY, S. 33, Nr. 34; JANNER, S. 55; WENNER, S. 66. OR 62.II bezieht sich ausschliesslich auf die Zuwendungskondition.

7. JANNER, S. 56; ebenso ZWEIGERT/KOETZ II, S. 250.

8. Für VON TUHR (ZSR 40, S. 69 ff) war dies ein Grund, der gegen die kausale Natur der Tradition sprach; vgl. auch MUNZ, S. 43.

aussetzungen, die für den soliden und unanfechtbaren Bestand einer Vermögensverschiebung unerlässlich sind"⁹, beseitigen lassen¹⁰. Nach WENNER genügt es, "dass eine Vermögensverschiebung einer Rechtfertigung, eines Rechtsgrundes, eines Erwerbstitels bedarf, um nicht rückgängig gemacht zu werden"¹¹.

B. UNZULAENGLICHKEITEN DER RECHTSGRUND-
LOSIGKEIT DER BEREICHERUNG ZUR BEGRÜEN-
DUNG DER NICHT-ZUWENDUNGSKONDIKTIONEN

Die Gleichsetzung der Ungerechtfertigtheit der Bereicherung mit Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs beruht auf der Lehre des gemeinen Rechts, die vom schweizerischen Recht "ziemlich unbesehen" übernommen wurde¹² und lässt sich wohl "nur aus der suggestiven Macht der Leistungskondiktion erklären, aus deren System sich die Bereicherungslehre entwickelt hat"¹³. Zwar kannte das gemeine Recht bereits die Eingriffskondiktion, sah aber in Analogie zur Leistungskondiktion auch deren Anspruchsgrundlage in der Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs¹⁴. Wie aber namentlich WILBURG gezeigt hat, ist der Mangel eines rechtlichen Grundes ausserhalb der Leistungskondiktion eine unzureichende Grundlage für die Begründung des Bereicherungsanspruchs, denn "das verleitet zur Annahme, dass eine Bereicherung, um gerechtfertigt zu sein, immer eines besonderen Grundes bedürfe"¹⁵. Grundsätzlich bedarf nämlich eine auf fremde Kosten erlangte Bereicherung keines Rechtsgrundes, um nicht rückgängig gemacht zu werden, was WENNER

9. So MUNZ, S. 37; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 108; vgl. auch SIMONIUS, S. 44.

10. WENNER, S. 65 f; KUMMER, causa, S. 4 ff.

11. WENNER a.a.O.

12. JANNER, S. 55. Vgl. dazu AEBLI, S. 27; CARRY, S. 17.

13. WILBURG, S. 15.

14. Dazu WILBURG, S. 15 ff.

15. WILBURG, S. 14; ebenso KELLMANN, S. 98 f.

verkennt¹⁶. Dies beweist z.B. jede Bereicherung, die durch erlaubten Wettbewerb auf Kosten eines andern erzielt wird¹⁷; mithin kann auch ein ohne obligatorische Beziehung auf Kosten eines andern erlangter Erwerb durchaus gerechtfertigt sein.

Insbesondere fällt Art. 62 Abs. 2 OR für die Nicht-Zuwendungskonditionen ausser Betracht; dieser ist ausschliesslich auf die Konkretisierung der Zuwendungs- bzw. Leistungskondition zugeschnitten. Die Nicht-Zuwendungskonditionen sind somit unter die Generalklausel von Abs. 1 zu subsumieren.

Da sich die Rechtsgrundlosigkeit des Erwerbs ausserhalb der Zuwendungskondition als unzureichende Grundlage des Bereicherungsanspruchs erweist, hat WILBURG vorgeschlagen, die Unrechtmässigkeit der Bereicherung bei der Eingriffskondition im Widerspruch zum Zuweisungsgehalt des verletzten Rechts zu suchen, wie bereits an anderer Stelle dargelegt wurde¹⁸. Zu wiederholen ist hier nur, dass diese Auffassung die Ungerechtfertigtheit der Bereicherung und das Erfordernis "auf Kosten eines andern" zu einem einzigen Tatbestandsmerkmal zusammenfasst und dabei übersieht, dass nicht jede auf fremde Kosten erlangte Bereicherung ungerechtfertigt ist¹⁹.

JANNER hält dafür, ob ein Vermögensvorteil ungerechtfertigt sei, entscheide sich im "Entstehungsgrund der Bereicherung"²⁰. Es sei danach zu unterscheiden, ob eine

-
16. Oben, S. 195. Aehnlich aber auch KAEHLER, S. 154 ff, wenn er davon ausgeht, eine auf fremde Kosten erlangte Bereicherung sei grundsätzlich ungerechtfertigt und sei herauszugeben. Eine Ausnahme bestehe nur da, wo dem Bereicherten ein "Behaltensgrund" zustehe. Es sei dies eine "logische Regel-Ausnahme-Beziehung". Ebenso ferner KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 99 ff; COSTEDE, S. 51 ff. A.M. KOENDGEN, S. 75, N 17 und WILHELM, S. 20, N 14.
 17. Gl. M. LARENZ, Schuldrecht II, § 68.II, S. 473 f und VON CAEMMERER, S. 338.
 18. Oben, S. 75 ff. WILBURG, S. 27 ff. Dem haben sich im wesentlichen angeschlossen: VON CAEMMERER, S. 353; LARENZ, a.a.O., S. 474 ff; ESSER, Schuldrecht II, § 104.I, s. 363/5.
 19. Oben, S. 193. Gl. M. HAINES, S. 86 ff.
 20. JANNER, S. 56.

Bereicherung mit oder ohne den Willen des Entreicherten entstanden sei. Eine ohne bzw. gegen dessen Willen entstandene Bereicherung sei stets ungerechtfertigt²¹, während eine mit dem Willen des Entreicherten entstandene Bereicherung ungerechtfertigt sein könne, wenn Ungerechtfertigkeit von Anfang an bestehe²² oder nachträglich eintrete²³. MUNZ ergänzt dazu, der Wille des Entreicherten sei anhand des Vertrauensprinzips auszulegen²⁴. Ähnlicher Ansicht ist auch KELLMANN: Materielle Grundlage einer Kondiktion sei ein Willensfehler; eine Bereicherung sei dann ungerechtfertigt, wenn sie ohne Einverständnis des beeinträchtigten Rechtsinhabers erlangt wurde, oder wenn dessen Wille in rechtlich relevanter Weise fehlerhaft gebildet worden sei²⁵.

Genau besehen unterscheidet sich diese These von der Gleichsetzung der Ungerechtfertigkeit mit Rechtsgrundlosigkeit lediglich durch die Terminologie: Danach nämlich wird der die Bereicherung rechtfertigende Rechtsgrund im Willen desjenigen gesehen, auf dessen Kosten die Bereicherung erlangt wurde, oder m.a.W., danach würde Rechtsgrundlosigkeit das Fehlen eines rechtserheblichen Willens des Beeinträchtigten bedeuten²⁶. Insbesondere aber trifft es eben nicht zu, dass eine gegen oder ohne den Willen des Beeinträchtigten erlangte Bereicherung stets ungerechtfertigt ist. Der Bauer, der seine Ernte teurer verkaufen kann, weil ein Unwetter die Felder der Konkurrenz vernichtet hat, ist auch "ohne Einverständnis" der andern auf deren Kosten bereichert. Gleichwohl ist der dadurch erlangte Vermögensvorteil nicht ungerechtfertigt. Wenn JANNER und KELLMANN behaupten, eine ohne Willen des Beeinträchtigten erzielte Bereicherung sei

21. JANNER, S. 70, 76 ff.

22. JANNER, S. 57 ff. Dies sei der Fall bei Nichtigkeit, Unverbindlichkeit, Zahlung einer Nichtschuld oder infolge mangelnder Voraussetzung.

23. JANNER, S. 63 ff. So etwa bei Eintreten einer Resolutivbedingung, infolge Rücktritts oder bei Unmöglichwerden einer Leistung.

24. MUNZ, S. 44 ff; vgl. auch SIMONIUS, S. 44.

25. KELLMANN, S. 100 ff.

26. Gl. M. REEB, S. 3.

immer ungerechtfertigt, so läuft das letztlich auf dasselbe hinaus, wie wenn gesagt wird, eine auf fremde Kosten erzielte Bereicherung bedürfe eines Rechtfertigungsgrundes, um nicht herausgegeben werden zu müssen.

C. ALLGEMEINE BEDEUTUNG DER UNGERECHTFERTIGTHEIT ALS DISKREPANZ ZWISCHEN FORMELLEM RECHT UND MATERIELLER GERECHTIGKEIT

1. Formelle Voraussetzung für die Ungerechtfertigt- einer Bereicherung: Abstrakter Vermögenserwerb

Die allgemeine Bedeutung der Ungerechtfertigt-
Bereicherung zur Begründung des Herausgabeanspruchs ergibt
sich m.E. von selbst, wenn man erkennt, dass die Unge-
rechtfertigt- einer Bereicherung einen abstrakten Ver-
mögenserwerb voraussetzt²⁷. Der Bereicherte muss nämlich
am betreffenden geldwerten Gut, gestützt auf einen äusser-
en, tatsächlichen Vorgang - formell einwandfrei - ein
Recht (z.B. das Eigentum) erlangt haben²⁸, unabhängig da-
von, ob diesem Erwerb eine gültige Verpflichtung²⁹ des
Beeinträchtigten bzw. eine obligatorische Beziehung zu
diesem überhaupt zu Grunde lag³⁰. Denn durch einen Vermö-
genserwerb, dessen Wirksamkeit von einer gültigen Ver-
pflichtung des Beeinträchtigten abhängt, d.h. kausal ist
- wie etwa der Eigentumserwerb einer Sache durch Zuwendung
(Tradition)³¹ -, kann konsequenterweise keine ungerecht-
fertigte Bereicherung entstehen: Entweder ist die Ver-

27. VON TUHR, ZSR 40, S. 69 ff; JANNER, S. 24 f; MUNZ, S. 43;
LARENZ, Schuldrecht II, § 68, S. 464 f; ESSER, Schuldrecht II,
§ 100.II, S. 331; KAEHLER, S. 159.

Dazu schon oben, S. 50 f.

28. Bereicherung ist die Vermehrung der Summe der Geldwerte, aller
einer Person zugeordneten Rechtsgüter, oben, S. 47 f.

29. Dazu VON TUHR/PETER, § 25, insbes. S. 195 f.

30. Insbesondere bei Aneignung fremden Gutes (im strafrechtlichen
Sinne, dazu STRATENWERTH I, S. 166 ff: d.h. Zuordnung einer
fremden Sache oder deren Sachwert zum eigenen Vermögen) bzw.
Eingriffen in fremdes Gut liegt meist überhaupt keine obliga-
torische Beziehung zum Beeinträchtigten vor.

31. BGE 55 II 302 ff; dazu ausführlich oben, S. 50 f.

fügung³² gültig und der Erwerb somit nicht ungerechtfertigt, oder aber die Verfügung ist ungültig, was aber zur Folge hat, dass der Erwerber am betreffenden Gut allenfalls den Besitz, nicht aber ein Recht erlangt hat und somit um dieses überhaupt nicht bereichert ist³³.

Da sich im schweizerischen Recht die kausale Natur der Eigentumsübertragung durchgesetzt hat³⁴ und auch die abstrakte Beschaffenheit sonstiger Verfügungen, insbesondere der Zession³⁵, in Zweifel gezogen wird³⁶, mithin als überholt gelten kann, ist nach schweizerischem Recht eine ungerechtfertigte Bereicherung nur in jenen Fällen überhaupt möglich, in denen das Gesetz einen Rechtserwerb aufgrund eines abstrakten, d.h. tatsächlichen äusseren Vorganges aus Gründen der Rechts- und Verkehrssicherheit sowie der Praktikabilität - vorerst einmal - formell anerkennt³⁷, m.a.W. eine ungerechtfertigte Bereicherung kann nur dann vorliegen, wenn die Unwirksamkeit des Grundstückes nicht auch automatisch die der Verfügung bzw. des Erwerbes bewirkt. Dies ist im wesentlichen beim Rechtserwerb an Geld durch Vermengung - wie eingehend gezeigt wurde³⁸ - sowie an andern vertretbaren Sachen und bei Ver-

32. Dazu VON TUHR/PETER a.a.O.

33. Dazu SIMONIUS, S. 49: "Ist aber das Kausalverhältnis auf den Zeitpunkt seiner Begründung aufgehoben, fallen grundsätzlich alle Wirkungen dahin, somit auch eine Eigentumsübertragung. Wer vor der Tradition Eigentum hatte, erhält es wieder ohne Besitzänderung." Vgl. auch OFTINGER, Diss., S. 119 ff; VON TUHR, ZSR 40, S. 69; VON TUHR/PETER, S. 503; BUCHER, Allg. Teil OR, S. 599; ZWEIGERT/KOETZ II, S. 252. A.M. WENNER, S. 75, N 160.

Infolge des "Abstraktionsprinzips" unterscheidet sich diesbezüglich das deutsche Recht vom schweizerischen. Vgl. ZWEIGERT/KOETZ II, S. 251. Nach schweizerischem Recht wird das Eigentum vindiziert, nicht kondiziert.

34. Oben, S. 198. Die Auswirkungen auf das Bereicherungsrecht wurden bereits gezeigt.

35. Vgl. VON TUHR/ESCHER, S. 334, insbes. N 41c; JANNER, S. 75.

36. Dazu GAUCH/SCHLUEP/JAGGI, N 1886 ff. Z.B. zum Erlass (OR 115), VON TUHR/ESCHER, S. 177 bei N 39; zur Novation (OR 116), VON TUHR/ESCHER, S. 171, bei N 15a. Vgl. auch SIMONIUS, S. 46.

37. Vgl. SIMONIUS, S. 63 f.

38. Oben, S. 52 ff.

arbeitung, Verbindung, Vermischung (ZGB 671 f, 726 f)³⁹, allgemein bei Akzession möglich⁴⁰. Danach aber muss als überholt gelten, was sich in der Literatur immer wieder findet: Nämlich, dass der Gegenstand der Bereicherung "in natura" zurückzugeben sei⁴¹.

Nun hat das BGer freilich bis vor kurzem die Meinung vertreten, der Eigentumserwerb durch Akzession beruhe auf einem gültigen, weil im Gesetz vorgesehenen Grunde, und lasse sich folglich nicht als ungerechtfertigt bezeichnen⁴². Von dieser Praxis ist in BGE 99 II 135 ff (insbes. S. 137 f, S. 139, Erw. 3/4 b) zu Recht abgesehen worden: Der originäre, kraft Gesetzes eintretende Eigentumserwerb des Empfängers infolge Verarbeitung, Verbindung oder Vermischung sei gerade eine Voraussetzung dafür, dass dem Beinträchtigten anstelle der Vindikation ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zustehe.

-
39. Oben, S. 57. Auch in diesen Fällen aber geht der Bereicherungsanspruch auf eine Geldsumme, und zwar im Umfange des Mehrwertes, den der Grundeigentümer bzw. derjenige, dem das Produkt der Verarbeitung, Verbindung etc. zugesprochen wurde, erlangt hat. LIVER, S. 176 f, S. 376; KELLMANN, S. 117 ff.
40. Ähnlich BRANDT, S. 244. JANNER, S. 78 ff; MUNZ, S. 43; MUELLER, S. 7. BRANDT nennt als weitere Fallgruppe einer möglichen ungerechtfertigten Bereicherung das Surrogat, das an Stelle einer bestimmten unvertretbaren Sache tritt. Aber auch dann handelt es sich entweder um Bereicherung durch Geld, z.B. wenn eine fremde Sache unter dem Schutze des Rechtsscheins veräussert wird (ZGB 930/933) oder Ersparnisbereicherung (oben S. 61), wenn eine Sache verbraucht wird. Allenfalls liegt auch ein Fall von Akzession vor. Vgl. VON TUHR/PETER, S. 495, 503. Wenn z.B. eine Marke nicht für den Erstgebraucher eingetragen wird, ist derjenige, auf den sie zu Unrecht eingetragen wurde, nicht um das Immaterialgut selbst, die Marke, bereichert, - der Formalakt bewirkt nur den Rechtsschein, nicht aber das Recht (TROLLER II, S. 823) - sondern nur um den aus dieser Fehleintragung realisierten Gewinn, der wohl in einem Geldwert besteht. Ebenso liegen die Dinge bei Doppelpatentierung. Denkbar ist eine Bereicherung durch eine unvertretbare Sache wohl nur im Falle von OR 167: Ein Verkäufer liefert z.B. eine Sache gutgläubig an den ursprünglichen Gläubiger, - den Zedenten -, mit dem er den Kaufvertrag geschlossen hat, der die Forderung aber inzwischen abgetreten hat (vgl. JANNER, S. 76).
41. Dazu VON TUHR/PETER, S. 501, insbes. N 2; SIMONIUS, S. 63 f; ZWIEGERT/KOETZ II, S. 251 f. Ebenso GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 873 ff.
42. BGE 81 II 436; 95 II 226.

2. Materielle Voraussetzung: Unvereinbarkeit der formell-abstrakten Rechtswirkung mit der Gerechtigkeit

Dieser formell-rechtlich einwandfreie Vermögenserwerb⁴³ kann indessen der inneren Rechtfertigung entbehren⁴⁴ und für den Beeinträchtigten, auf dessen Kosten die Bereicherung erlangt wurde, zu ausgesprochen ungerechten Konsequenzen führen bzw. umgekehrt, dem Bereicherten objektiv nicht zustehende - eben ungerechtfertigte - Vorteile verschaffen. Dieses verfehlte Ergebnis muss korrigiert werden: "Aufgabe der Rechtsordnung ist es, in solchen Fällen durch Einräumung eines Rückforderungsanspruches eine Korrektur der gesetzlichen Rechtswirkung ... eintreten zu lassen, weil die durch sie geschaffene Rechtslage dem Endziel der Rechtsordnung, der materiellen Gerechtigkeit, nicht entspricht"⁴⁵. Ungerechtfertigt ist eine Bereicherung somit dann, wenn sie mit der "durch die Rechtsordnung, unter Verwirklichung des ethischen Wertes der Gerechtigkeit" geschaffene Güterverteilung⁴⁶ nicht vereinbart werden kann^{47/48}, wenn es m.a.W. rechtsmissbräuchlich (ZGB 2.II)⁴⁹ erschiene, wenn sich der Bereicherte auf die formelle Berechtigung⁵⁰ berufen dürfte⁵¹. Denn

43. LARENZ, Schuldrecht II, § 68, S. 464; ESSER, Schuldrecht II, § 101.III, S. 343.

44. GUHL/MERZ/KUMMER, S. 202 f.

45. BGE 64 II 130 = OPTINGER, Bundesgerichtspraxis, Nr. 85.d.aa. Ähnlich BGE 73 II 108 ff = OPTINGER a.a.O. Nr. 86 a. OSER/SCHOENENBERGER, Vorbem. zu OR 62-67, N 9.

46. Vgl. SCHLUEP, S. 315; AMREIN, S. 16; oben, S. 43. FIKENTSCHER, § 97.II.2.a., S. 562.

47. Ähnlich auch schon AEBLI, S. 46; vgl. auch BECKER zu OR 62, N 10; BUSSY, S. 79, Nr. 116. Kritisch VON BUEREN, OR Allg. Teil, S. 295 f.

Ferner LARENZ a.a.O. FIKENTSCHER, § 98.I., S. 564, und § 99.III.3.d., S. 590; ENNECERUS/LEHMANN, § 220.I, S. 870 f; PALANDT, Einf. vor § 812, N 1; ZWEIGERT/KOETZ II, S. 276 ff; KELLMANN, S. 41; WILBURG, S. 20 f; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 17. A.M. VON CAEMMERER, S. 338 f, in der Hauptsache allerdings wegen der (nach deutschem Recht) abstrakten Natur der Tradition.

48. Dabei handelt es sich nicht um einen Billigkeitsentscheid, vgl. dazu unten, S. 208.

49. Dazu MERZ zu ZGB 2, N 21 ff; DESCHENAUX, S. 146 ff.

50. Zutreffend sagt DESCHENAUX (S. 146): "Es gibt Berechtigung und Berechtigung. Die Berechtigung, die ich missbrauchen kann, ist eine aus bestimmten Vorschriften stammende Vorzugsstellung, eine Art formelles Recht".

51. Ähnlich auch OSER/SCHOENENBERGER, Vorbem. zu OR 62-67, N 9.

geschützt wird nur "wirkliches", der materiellen Gerechtigkeit entsprechendes, nicht aber "scheinbares", d.h. formelles Recht⁵².

52. MERZ a.a.O., N 21; DESCHENAUX, a.a.O.
Vgl. auch VON TUHR/PETER, S. 502, N 14 und S. 51, N 38.

§ 2. MÖGLICHE TATBESTÄNDE VON "BEREICHERUNG IN UNGERECHTFERTIGTER WEISE" IM EINZELNEN

I. ART. 62.I OR ALS GENERALKLAUSEL

Der Gesetzgeber hat der Regelung über die ungerechtfertigte Bereicherung in OR 62.I ein allgemeines Prinzip an die Spitze gestellt, durch das sämtliche Einzelfälle allgemein umschrieben und erfasst werden⁵³. Von diesem Prinzip ist bei der Beurteilung dessen auszugehen, was ungerechtfertigt sein soll. Allerdings handelt es sich dabei um einen Begriff unbestimmten Inhalts: Keine Gesetzesnorm sagt uns konkret, was unter der "ungerechtfertigten Weise" der Bereicherung zu verstehen ist. Zwar wird in OR 62.II und OR 63 für einzelne Fallgruppen aufgezählt, wann insbesondere die Verbindlichkeit eintreten soll, die Darstellung hat aber nach herrschender Auffassung nur exemplarische Bedeutung⁵⁴ und spielt, seit sich in der Schweiz die kausale Natur der Tradition durchgesetzt hat, nur noch eine untergeordnete Rolle⁵⁵.

Eine Aufzählung aller möglichen Fälle ist, wie WENNER feststellt⁵⁶, ausgeschlossen, weil eine im einzelnen unüberblickbare Anzahl von Sachverhalten denkbar ist, in denen eine Bereicherung als ungerechtfertigt erscheint. Um diesem Konkretisierungsproblem scheinbar auszuweichen, hat der Gesetzgeber Art. 62 Abs. 1 OR als Generalklausel

53. BUSSY, S. 31 ff; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 834; OSER/SCHOENENBERGER zu OR 62, N 1. Vgl. auch die Marginale zu § 812 BGB ("Grundsatz").

54. Oben, S. 194.

55. Oben a.a.O.

56. WENNER S. 67; ähnlich auch AMREIN, S. 52 f.

abgefasst⁵⁷, den Begriff unbestimmt gelassen - nur das Prinzip in groben Linien umrissen - und es der Praxis überlassen, diesen im einzelnen zu vervollständigen. In diesem Sinne sagt BECKER⁵⁸, es müsse jedesmal auf dem Wege der Auslegung festgestellt werden, ob eine Bereicherung nach dem Inhalt der einschlägigen Rechtsnorm und den allgemeinen Grundsätzen der Rechtsordnung als eine ungerechtfertigte erscheine⁵⁹.

II. KONKRETISIERUNG DER GENERALKLAUSEL

A. ZUR METHODE DER KONKRETISIERUNG IM ALLGEMEINEN

Sowohl die Rechtsnatur als auch die Konkretisierung von Generalklauseln ist umstritten⁶⁰. Die in der Schweiz herrschende Meinung nimmt in den Fällen, wo das Gesetz Wert- oder Würdigungsbegriffe - wie in OR 62.I, die "ungerechtfertigte Weise" - verwendet, eine sog. Lücke⁶¹ intra legem⁶² an, also eine Norm, die vom Gesetzgeber bewusst unvollständig gesetzt wurde und deren Vervollständigung er dem Richter überlässt⁶³. Diese "Lückenfüllung" soll durch richterliche Rechtsfindung (modo legislatoris) vor sich gehen. MEIER-HAYOZ sagt dazu: "In ZGB 1.II wird der Richter angewiesen, eine Lücke durch Bildung derjenigen Regel auszufüllen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, und in Abs. 3, sich bei dieser gesetzgeberischen

57. AEBLI, S. 27 f; BUSSY, S. 33, Nr. 35; CARRY, S. 102; BGE 73 II 108. Siehe auch ESSER, Schuldrecht II, § 100.II, S. 332; KELLMANN, S. 137 f; VON CAEMMERER, S. 335; FIKENTSCHER, § 98.II.1, S. 575; REEB, S. 5 f.

58. BECKER zu OR 62, N 10.

59. Vgl. auch MEIER-HAYOZ zu ZGB 641, N 63.

60. Vgl. dazu die eingehende und aufschlussreiche Darstellung bei BAUDENBACHER, S. 106 ff.

61. Ueber Gesetzeslücken und deren Bedeutung im allgemeinen, MEIER-HAYOZ zu ZGB 1, N 251 ff; DESCHENAUX, S. 95 ff.

62. MEIER-HAYOZ a.a.O., N 262 ff, insbes. N 266; vgl. auch ders., Richter, S. 154.

63. MEIER-HAYOZ a.a.O.; DESCHENAUX, S. 97.

Tätigkeit der Lehre und Ueberlieferung als Hilfsmittel zu bedienen."⁶⁴ Diese Auffassung betont den Ermächtigungscharakter der Generalklauseln⁶⁵.

Dagegen stellt DESCHENAUX⁶⁶ den Sachnormcharakter in den Vordergrund: Die "Ausdehnung der Bejahung von Lücken auf Gesetzesbegriffe, die noch näherer Erklärung bedürfen, scheint indessen nicht gerechtfertigt; es ist noch Sache der Auslegung, die virtuelle Bedeutung von zwar unpräzisen aber formulierten Normen zu ermitteln"⁶⁷.

Beide Auffassungen setzen in Uebereinstimmung mit der herrschenden Methodenlehre die Verschiedenheit von Auslegung und Lückenfüllung voraus. Dabei wird unter "Auslegung" die Feststellung des objektiv richtigen bzw. wahren Sinnes einer Gesetzesnorm verstanden⁶⁸, während der Richter durch Lückenfüllung eine neue - generell abstrakte - Norm schafft⁶⁹. Indessen muss man sich fragen, ob diese Unterscheidung im Bereich der Generalklauseln (bzw. überhaupt) methodisch durchführbar und sinnvoll ist⁷⁰, gilt es doch den Doppelcharakter - die "Zwitternatur"⁷¹ - der Generalklauseln als Ermächtigungsnorm an den Richter einerseits und als Sachnorm andererseits zu berücksichtigen. Den Anhängern der Lückentheorie kann zwar zugestanden werden, dass der Ermächtigungscharakter gegenüber dem normativen Gehalt im allgemeinen im Vordergrund steht. Andererseits handelt es sich aber doch nicht um

64. MEIER-HAYOZ a.a.O., N 316; vgl. auch BAUDENBACHER, S. 110 f.

65. MERZ zu ZGB 2, N 29 f.

66. DESCHENAUX, S. 98.

67. Nach MEIER-HAYOZ a.a.O., N 263, hängt die Antwort auf die Frage, ob es sich hier um Auslegung oder Lückenfüllung handle, davon ab, wie weit man den Begriff "Auslegung" fassen will.

68. MEIER-HAYOZ a.a.O., N 140; DESCHENAUX, S. 80; OFTINGER, SJZ 63, S. 355 ff. Vgl. aber dazu die kritischen Bemerkungen von BAUDENBACHER, S. 116 ff; HINDERLING, Rechtsnorm und Verstehen (Bern 1971), S. 102 ff, 138 ff; ZAECH, ZSR 1977, S. 313 ff.

69. MEIER-HAYOZ a.a.O., N 316 ff; DESCHENAUX, S. 107 ff. Die Feststellung einer Lücke geschieht durch Auslegung, DESCHENAUX, S. 101. Zum Ganzen: HINDERLING, Rechtsnorm und Verstehen, S. 116 ff.

70. Vgl. MERZ, "Auslegung, Lückenfüllung, Normberichtigung", S. 70.

71. BAUDENBACHER, S. 112; MERZ a.a.O., S. 71.

ungewollte Lücken, und es kann auch nicht übersehen werden, dass eine Generalklausel mit zunehmender Konkretisierung durch die Praxis an Sachnormgehalt gewinnt⁷².

Mithin wird die Unterscheidung zwischen Auslegung und Lückenfüllung dem Doppelcharakter von Generalklauseln nicht gerecht, und es ist jenen Autoren zuzustimmen, die die Wesensgleichheit von Auslegung und Lückenfüllung betonen. In der Schweiz ist dies durchaus nichts Neues, haben doch schon BURCKHARDT⁷³ und EGGER⁷⁴ diese These vertreten. Aber auch MERZ⁷⁵ und neuerdings BAUDENBACHER⁷⁶ stellen fest, dass Tätigkeit und Methoden von Auslegung und Lückenfüllung wesensgleich sind. "Die Kataloge von Rechtsanwendungsgrundsätzen, die in der ganzen Methodensliteratur in Zusammenstellungen zu finden sind, variieren der Sache nach wenig"⁷⁷. Zwischen den beiden Tätigkeiten bestehe kein prinzipieller, sondern lediglich ein gradueller Unterschied⁷⁸.

B. KONKRETISIERUNG VON ART. 62 ABS. 1 OR IM BESONDEREN

1. Richtlinien

Konkretisierung von Blankettnormen ist Regelbildung⁷⁹. Es gilt "durch Bildung von Maximen und Regeln, Leitsätzen

72. MERZ a.a.O., S. 72.

73. BURCKHARDT, S. 276 ff, insbes., S. 279 f: "Die Auslegung ist also auch eine Art Ergänzung des unvollständig gebliebenen Gesetzes; zwischen Auslegung und Ausfüllung von Lücken besteht daher kein begrifflicher Unterschied". Vgl. auch S. 285.

74. EGGER zu ZGB 1, N 18.

75. MERZ a.a.O., S. 72 ff.

76. BAUDENBACHER S. 113 ff.

77. MERZ, a.a.O., S. 73; ähnlich auch LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3. Aufl., Berlin 1975) S. 351 f; auch MEIER-HAYOZ (a.a.O., N 225) gibt zu, dass die bei der Lückenfüllung angestellten Betrachtungen "mutatis mutandis" für den Auslegungsbereich gelten.

78. BAUDENBACHER a.a.O.

79. Vgl. MERZ zu ZGB 2, vor N 30.

und Untersätzen, die sich auf typische Tatbestände beziehen⁸⁰, Richtlinien, sog. "tracing rules"⁸¹, herauszuarbeiten, anhand derer die Generalklausel soweit versachlicht werden kann, dass möglichst weitgehende Sicherheit darüber besteht, wann eine auf fremde Kosten erlangte Bereicherung ungerechtfertigt ist⁸².

Wie festgestellt wurde, bedeutet Ungerechtfertigtheit allgemein einen Widerspruch einer formellen Rechtswirkung zur materiellen Gerechtigkeit⁸³. Wann dies konkret der Fall ist, muss einerseits anhand systematischer Betrachtungen geklärt werden. Insbesondere lassen sich Kriterien zur Bestimmung der Ungerechtfertigtheit der Bereicherung aus der Verwandtschaft des Bereicherungsrechts zur Vindikation (ZGB 641.II) und zu den Herausgabeansprüchen aus Besitz (ZGB 938/940) entnehmen⁸⁴. Andererseits gilt es vor allem teleologische und funktionale Gesichtspunkte zu berücksichtigen⁸⁵, wobei zu betonen ist, dass der Bereicherungsanspruch eben die Abschöpfung ungerechtfertigter Vorteile und nicht den Ausgleich einer Vermögensverminderung bezweckt. Insbesondere gilt es auch zu erkennen, dass dem Bereicherungsanspruch im Bereiche des gewerblichen Rechtsschutzes und auf dem Gebiete des Persönlichkeitsschutzes erhebliche Bedeutung zukommt.

Die durch Regelbildung gefundenen Fallgruppen dürfen indes nicht als axiomatisches System verstanden werden⁸⁶, sondern eben als allgemeine, elastische Richtlinien - als Topoi -⁸⁷, die ihren positiven Inhalt erst im Zusammenhang

80. MERZ a.a.O., N 33.

81. KELLMANN, S. 138.

82. Vgl. KELLMANN, S. 137 f.

83. Oben, S. 201 f.

84. Oben, S. 105 f, BUCHER, OR Allg. Teil, S. 604.

85. Dazu SCHLUEP, S. 60 ff; ders., Wirtschaftsrecht, S. 21; BAUDENBACHER, S. 134 ff. Im Unterschied zur teleologischen Methode, die nach dem Normzweck fragt, blickt die funktionale Betrachtungsweise darüber hinaus, "auf das Sinnganze, auf den Beitrag der Norm und des Instituts zur Gestaltung eines Kulturbereiches". (SCHLUEP a.a.O.). Vgl. auch ESSER, Schuldrecht II, § 104.II, S. 370.

86. MERZ zu ZGB 2, N 45.

87. Dazu HINDERLING, Rechtsnorm und Verstehen, S. 132 ff.

mit dem konkreten Einzelfall durch Wertung und Interessenabwägung erhalten⁸⁸. Es ist danach zu entscheiden, "was vernünftig und sachlich richtig ist"⁸⁹. Dabei sind reine Billigkeitsentscheidungen abzulehnen⁹⁰. So geht das BGER wohl zu weit, wenn es in BGE 73.II 108 ausführt: "Eine ein für allemal gültige Formel zur Ermittlung der Bereicherung"⁹¹ lässt sich nicht aufstellen, sondern es müssen unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit, der das Gebiet der Bereicherungsansprüche in ausgeprägtem Masse beherrscht, die Umstände des konkreten Einzelfalles berücksichtigt werden"⁹². Denn das Bereicherungsrecht dient dem rechtlichen Güterschutz⁹³ und was sozial-ethisch oder moralisch unbillig erscheint, braucht durchaus nicht rechtlich oder wirtschaftlich ungerechtfertigt zu sein⁹⁴. Die Ungerechtfertigtheit einer Bereicherung ist in erster Linie aufgrund der positiven Rechtsordnung und der in ihr enthaltenen materiellen Wertungen zu prüfen.

-
88. VON TUHR/PETER, S. 502, N 14; MERZ a.a.O., N 42; ders. Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, S. 72. FIKENTSCHER, Schuldrecht, § 27.II.2.b, S. 112, vgl. auch § 99.III.3.d., S. 590.
89. BURCKHARDT, Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung (Bern 1925) S. 97. Vgl. auch ESSER, Vorverständnis und Methodewahl (Frankfurt a.M. 1972), S. 139.
90. MERZ zu ZGB 2, N 32/37 ff; DABIN, S. 291; MEYER-HAYOZ zu ZGB 1, N 340 ff.
91. Gemeint ist "ungerechtfertigte Bereicherung" i.S.v. OR 62, nicht i.S.v. Vermögenssteigerung.
92. So auch BECKER, Vorbem. zu OR 62 ff, N 2 und BGHZ 36, S. 235. Dagegen ESSER, Schuldrecht II, § 100.I, S. 332 und REEB, S. 4. Vgl. auch GUHL/MERZ/KUMMER, S. 203. Dazu schon im Einleitungsteil, § 2.II.
93. KELLMANN, S. 108.
94. Vgl. ESSER, Schuldrecht II, § 100.I.2., S. 332; WILBURG, S. 18 ff; ZWEIGERT/KOETZ II, S. 276 f; VON BUEREN, OR Allg. Teil, S. 295.

2. Ungerechtfertigtheit der durch Zuwendung eingetretenen Bereicherung

a. Grundlosigkeit der Zuwendung als massgebliches Kriterium für die Ungerechtfertigtheit

Eine Bereicherung auf Kosten eines andern kann dadurch eintreten, dass jemand einem andern durch Zuwendung einen Vermögensvorteil verschafft; wie oben gezeigt worden ist, findet in diesen Fällen zwischen den beteiligten Vermögen eine Verschiebung statt⁹⁵.

Regelmässig erfolgt eine Zuwendung zur Erreichung eines bestimmten Zwecks⁹⁶, beruht also auf einem zwischen den Parteien verabredeten oder allenfalls vom Zuwendenden einseitig bestimmten Grund. Ungerechtfertigt ist eine infolge Zuwendung eingetretene Bereicherung daher nur ausnahmsweise dann, wenn ein solcher Grund fehlt⁹⁷, d.h., wenn die Willensbildung des Zuwendenden im Hinblick auf den durch die Zuwendung zu erreichenden Zweck fehlerhaft ist⁹⁸ oder eine für die Willensbildung notwendige Voraussetzung nachträglich wegfällt.

Im wesentlichen handelt es sich dabei um die in Art. 62 Abs. 2 OR geregelten Fälle.

95. Oben, S. 141 f.

96. Aus dem römischen Recht sind folgende Zuwendungsgründe bekannt: causa solvendi, credendi und donandi; vgl. VON TUHR/PETER a.a.O., S. 200 f.

97. VON TUHR/PETER, S. 476, vgl. auch S. 203.

98. JANNER, S. 57; MUNZ, S. 45 ff.

b. Mögliche Fälle rechtsgrundloser Zuwendungen

aa. Fehlen eines Rechtsgrundes für die Zuwendung überhaupt

Ein gültiger Grund für die Zuwendung kann von Anfang an überhaupt gefehlt haben. Dies ist z.B. bei Nichtigkeit⁹⁹ oder Unverbindlichkeit des Grundgeschäftes¹⁰⁰ bei Nichtexistenz eines Grundgeschäftes überhaupt¹⁰¹ sowie bei irrtümlicher Bezahlung einer Nichtschuld (Art. 63.I OR)¹⁰² der Fall.

bb. Zuwendungen deren Rechtsgrund sich nicht verwirklicht hat

Grundlos kann eine Zuwendung auch dann erfolgt sein, wenn sie im Hinblick auf den Eintritt eines zukünftigen Ereignisses erbracht wurde und sich dieser Grund nachträglich nicht verwirklicht, z.B. wenn eine suspensiv bedingte Forderung vorzeitig erfüllt wird, die Bedingung nachträglich aber nicht eintritt¹⁰³.

cc. Zuwendungen deren Rechtsgrund nachträglich wegfällt

Grundlos ist eine Zuwendung schliesslich auch dann, wenn ursprünglich zwar ein Rechtsgrund vorhanden war, dieser

-
99. OR 20. Dazu JANNER, S. 57; WENNER, S. 72; BGE 61 II 5 f; 90 II 38 f. In BGE 80 II 14 ff hatte der unter Beiratschaft gem. ZGB 395 II stehende Kläger, ohne Einwilligung der Vormundschaftsbehörde (ZGB 419.II) Zahlungen aus seinem Vermögen geleistet.
100. OR 23 ff; VON TUHR/PETER, S. 334 ff; WENNER, S. 73; JANNER, S. 59 f; BGE 87 II 137 ff; 92 II 179.
101. VON TUHR/PETER, S. 494 ff; WENNER, S. 70 f; BECKER zu OR 62, N 20 f; JANNER, S. 70 f.
102. OR 63; VON TUHR/PETER, S. 478 ff; JANNER, S. 61 f; WENNER S. 77 ff; BGE 64 II 121 ff.
103. VON TUHR/PETER, S. 487 ff; BGE 52 II 232 (condictio ob causam futuram / non secutam).
In BGE 82 II 430 ff hatte z.B. jemand im Hinblick auf eine bevorstehende Hochzeit Zuwendungen gemacht, ohne dass die Heirat nachträglich stattfand.

aber nachträglich - etwa infolge Unmöglichwerdens der Gegenleistung oder bei Auflösung eines Vertrages ex tunc wegen Nichtigkeit, Anfechtung desselben wegen Willensmängeln oder Rücktritts gemäss OR 107 bzw. 109 - wegfällt¹⁰⁴.

Dies kann beispielsweise auch bei Auflösung eines Arbeitsverhältnisses der Fall sein: Wird ein Arbeitsverhältnis vor Ablauf eines vollständigen Dienstjahres aufgelöst und hat der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt anteilig zuviel Ferien bezogen, so steht dem Arbeitgeber für den während der zuviel bezogenen Ferien ausbezahlten Lohn ein Rückforderungsanspruch gemäss Art. 62.II OR zu: Der ursprünglich vorhandene und nachträglich dahingefallene Rechtsgrund für die Lohnzahlung während der Ferien (vgl. Art. 329 d.I OR) bestand nämlich im Vertrauen auf ein für dieses Jahr fortwährendes Arbeitsverhältnis^{104a}.

104. VON TUHR/PETER, S. 492 ff; JANNER, S. 63 ff; SIMONIUS, S. 48; WENNER, S. 74 f; BGE 71 II 147 ff (condictio ob causam finitam). In BGE 71 II 147 ff hatte ein Erblasser aufgrund eines Vermächtnisses Zuwendungen gemacht. Diese verletzten die Pflichtteile der Kinder und mussten gem. ZGB 522 ff auf Null gesetzt werden. Dazu oben S. 51, N 130.

104a Im Schrifttum wird z.T. bestritten, dass der Arbeitnehmer diesfalls um den zuviel bezogenen Ferienlohn bereichert sei (vgl. VISCHER, Der Arbeitsvertrag, in Schweizerisches Privatrecht VII/I, S. 356, N 70): Es wird geltend gemacht, der Arbeitnehmer habe lediglich zuviel Ferien bezogen und dies sei kein Vermögensvorteil; um den Ferienlohn hingegen sei er deswegen nicht bereichert, weil er diesen ohnehin erhalten hätte. - Indes bestimmt OR 329 a.III, dass für ein unvollständiges Dienstjahr die Ferien pro rata temporis zu gewähren sind. Wird nun das Arbeitsverhältnis vorzeitig aufgelöst und hat der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt anteilig zuviel bezahlte Ferien bezogen (OR 329 d.I), so hat er die entsprechend der Dauer des Arbeitsverhältnisses anteilig geschuldete Arbeitsleistung nur unvollständig erbracht. M.a.W. liegt seitens des Arbeitnehmers im Umfange der zuviel bezogenen Ferien Nichterfüllung der Arbeitspflicht vor, weshalb er um den während dieser Zeit bezogenen Lohn ungerechtfertigt bereichert ist.

c. Ausmass der Ungerechtfertigtheit der durch
grundlose Zuwendung erlangten Bereicherung

aa. Objektive Bereicherung

Es ist gesagt worden, dass bei Bereicherung durch Zuwendung eine Vermögensverschiebung stattfindet, und dass bei solchen die objektive Bereicherung des Empfängers im Gegenstand bzw. dem Wert des verschobenen Vermögensteils besteht¹⁰⁵. Ist die Zuwendung grundlos erfolgt, so steht jedenfalls fest, dass die Bereicherung im Umfange dieser objektiven Bereicherung ungerechtfertigt ist. Dazu bedarf es keiner weiteren Erläuterungen; es kann auf Literatur¹⁰⁶ und Praxis¹⁰⁷ verwiesen werden.

bb. Subjektive Bereicherung

Fraglich bleibt danach, ob auch die subjektive Bereicherung des Empfängers der Zuwendung, also etwa die aus dem Gegenstand oder dem Wert der Vermögensverschiebung gezogenen Nutzungen¹⁰⁸ eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellen, wenn die Zuwendung grundlos erfolgt ist. Dabei ist m.E. analog den Art. 938 ff ZGB zu entscheiden und danach zu differenzieren, ob der Bereicherte gut- oder bösgläubig ist¹⁰⁹:

aaa. Bei gutgläubig Bereichertem

Danach muss der gutgläubig Bereicherte dem Beeinträchtigten die gezogenen Nutzungen nicht herausgeben. Dies rechtfertigt sich deshalb, weil die durch die Nutzung entstandene subjektive Bereicherung nicht ungerechtfertigt erscheint, solange der Empfänger den erlangten Vermögenswert im Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs und

105. Oben, S. 148.

106. Das Beste bei VON TUHR/PETER, S. 476 ff.

107. Vgl. bei OFTINGER, Bundesgerichtspraxis, Nr. 85.

108. Oben, S. 152.

109. Oben, S. 107 ff; vgl. auch BUCHER, Allg. Teil OR, S. 604, insbes. N 30; GUHL/MERZ/KUMMER; S. 209.

seinem vermuteten Rechte nach gebraucht und nutzt. M.a.W., der gute Glaube des Bereicherten rechtfertigt seine Nutzung¹¹⁰. Im übrigen erhellt aus der Analogie zu ZGB 938 und auch aus OR 64, dass der Gesetzgeber den gutgläubigen Kondiktionsschuldner gegenüber dem bösgläubigen privilegieren wollte¹¹¹.

bbb. Bösgläubig Bereicherter

aaaa. Grundsatz

Anders liegen die Dinge, wenn der Bereicherte bösgläubig ist, wenn also das Vertrauen auf die Endgültigkeit des Erwerbs entfällt, weil er die Unrechtmässigkeit seines Erwerbs kennt, bzw. aufgrund der nach den Umständen geforderten Sorgfalt kennen müsste¹¹². Diesfalls erscheinen in Analogie zu Art. 940 Abs. 1 ZGB auch die vom Bereicherten gezogenen Nutzungen ungerechtfertigt und sind dem Beeinträchtigten zu erstatten¹¹³. Da der Bereicherungsanspruch nicht an der Einbusse des Gläubigers sondern an der ungerechtfertigten Vermögensvermehrung des Schuldners orientiert wird, sind die Nutzungen aber nicht nur herauszugeben soweit sie dem Beeinträchtigten entgangen sind. Herauszugeben sind die vom Bereicherten tatsächlich gezogenen Nutzungen, unabhängig davon, ob der Beeinträchtigte die Nutzungen selbst gezogen hätte oder hätte ziehen können¹¹⁴.

110. Vgl. STARK zu ZGB 938, N 10 ff, insbes. N 18; SIMONIUS, S. 62.

111. Dazu LARENZ, Wertersatz, S. 221.

112. Oben, S. 108 f. VON TUHR/PETER, S. 511.

113. OFTINGER, Diss., S. 127; vgl. auch STARK zu ZGB 940, N 21 ff; HINDERLING, S. 515 ff.

114. HOMBERGER zu ZGB 940, N 10; MEIER-HAYOZ zu ZGB 643, N 20; OFTINGER, Diss., S. 127. Dazu ferner KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 133; LARENZ, Schuldrecht II, § 70.I, S. 508; ZWEIGERT/KOETZ II, S. 254.

Nach ZGB 940.I wären auch die versäumten Früchte herauszugeben. Bereicherung umfasst aber ausschliesslich tatsächlich erlangte Vermögensvorteile (oben S. 113), nicht aber bloss Nutzungsmöglichkeiten (oben S. 42 f); solche können somit auch nicht Gegenstand Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung sein, was sich im übrigen auch aus der ratio von OR 64 ergibt. Gl. M. OFTINGER a.a.O.

bbbb. Ausnahme

Hat der Zuwendende selbst die Bereicherung - etwa infolge Unachtsamkeit - (mit-)verschuldet, rechtfertigt sich u.U. eine Verteilung der vom Bereicherten gezogenen Nutzungen. Eine solche Lösung kann sich insbesondere auch dann aufdrängen, wenn der Kondiktionsgläubiger mit der Rückforderung absichtlich zuwartet bis der Bereicherte Nutzungen aus der Vermögensverschiebung gezogen hat¹¹⁵.

3. Ungerechtfertigtkeit der infolge Eingriffs eingetretenen Bereicherung

a. Grundsatz: Widerrechtlichkeit des bereichernden Eingriffs als massgebliches Kriterium für die Ungerechtfertigtkeit der Bereicherung

aa. Bereichernde Eingriffe

Wie wir gesehen haben, kann eine Bereicherung auch infolge einer Handlung des Bereicherten selbst entstehen, nämlich durch einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre¹¹⁶. "Eingriff" haben wir dabei definiert als Beeinträchtigung (i.S.v. "beeinträchtigen") einer fremden Rechtssphäre durch menschliches Handeln. Der Erfolg einer solchen Handlung muss nicht ausschliesslich in einem Schaden des Betroffenen bestehen. Daneben oder anstelle davon kann auch ein Vorteil im Vermögen des Eingreifers entstehen, der dann - wie wir gesehen haben - auf Kosten des Verletzten bereichert ist.

Zwei Arten von Eingriffen lassen sich dabei von der Wirkung in der beeinträchtigten Rechtssphäre her gesehen unterscheiden:

115. Die Beweislast dafür trägt der Bereicherte.

Die Verteilung der Nutzungen kann nach den Grundsätzen von Art. 44 I OR und Art. 727.I ZGB erfolgen.

116. Oben, S. 142 ff.

aaa. Eine Bereicherung des Eingreifers kann einerseits dadurch entstehen, dass dieser einem andern ein Rechtsobjekt entzieht. Die Beeinträchtigung der fremden Rechtssphäre liegt dann darin, dass dem Berechtigten die rechtlich zuerkannte Herrschaftsbefugnis über das betreffende Objekt gänzlich verunmöglicht ist.

So liegt ein zur Bereicherung des Eingreifers führender Entzug fremden Gutes dann vor, wenn sich der Bereicherte z.B. fremde Sachen aneignet und mit eigenen vermischt; dies ist etwa bei Gelddiebstahl der Fall. Ferner kann aber ein Entzug auch darin liegen, dass der Bereicherte fremde Sachen verbraucht hat. So führt es infolge Ersparnis zur Bereicherung des Eingreifers, wenn dieser sein Haus mit der Farbe eines andern streicht oder wenn er fremde Lebensmittel vertilgt. Sodann kann auch eine Verfügung über fremdes Gut zur Bereicherung des Verfügenden führen: Wenn jemand eine ihm anvertraute Sache einem gutgläubigen Dritten verkauft, so ist der Verkäufer auf Kosten des ursprünglichen Eigentümers bereichert, weil dieser die Sache vom Dritten infolge dessen guten Glaubens nicht mehr zurückverlangen kann (ZGB 933). Ebenso ist der Zedent auf Kosten des Zessionars bereichert, wenn jener die Forderung trotz vorangegangener Zession entzieht und sich der Schuldner durch Leistung an den Zedenten gültig befreit (vgl. OR 167)¹¹⁷.

bbb. Durch Eingriff in eine fremde Rechtssphäre kann eine Bereicherung des Eingreifers auf Kosten des Beeinträchtigten aber auch durch Störung der uneingeschränkten Herrschaftsbefugnis über ein Gut in irgend einer ihrer Äusserungen entstehen, ohne dass sich der Eingreifer das Rechtsobjekt als ganzes aneignet. Dies ist namentlich bei Gebrauch fremder Güter der Fall: So kann etwa die unbefugte Publikation eines urheberrechtlich geschützten Werkes, die Nachahmung eines Musters oder Modelles, oder aber die profitable Ausbeutung einer patentrechtlich geschützten Erfindung zur Bereicherung des Eingreifers führen. Ebenso liegen die Dinge, wenn die Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes dem Verletzer einen ökonomischen Gewinn bringt.

¹¹⁷ Vgl. dazu VON TUHR/PETER, S. 494 f. und oben, S. 144.

mischen Vorteil einbringt, etwa die kommerzielle Verwendung von Personenbildnissen¹¹⁸.

bb. Widerrechtlichkeit des bereichernden Eingriffs und Ungerechtfertigtheit der dadurch erlangten Bereicherung

Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre sind nur dann erlaubt, wenn der davon Betroffene darin einwilligt¹¹⁹, oder wenn sie von der Rechtsordnung geduldet werden¹²⁰. Abgesehen davon aber verstossen solche Eingriffe regelmässig gegen die Gebote und Verbote der Rechtsordnung, "die dem Schutze des verletzten Rechtsgutes dienen"¹²¹ und sind daher widerrechtlich¹²².

Hat aber der Bereicherte seine Vermögensvermehrung selbst durch einen widerrechtlichen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre herbeigeführt, so ist nicht zu widerlegen, dass dieser Erwerb dem materiellen Gehalt des Rechts zuwiderläuft, nämlich dem allgemeinen Verbot, sich durch widerrechtlichen Eingriff in fremdes Gut zu bereichern¹²³. In diesem Sinne führte auch das Bundesgericht in BGE 43 I 227 aus, der Entzug widerrechtlich erlangter Gewinne sei so sehr im Wesen des Rechts begründet, dass er selbst dann zu erfolgen habe, wenn dies das Gesetz nicht ausdrücklich verfüge. Danach aber kann nicht zweifelhaft sein, dass eine durch widerrechtlichen Eingriff erlangte Bereicherung "ungerechtfertigt" im Sinne von Art. 62 OR ist¹²⁴. So sieht etwa auch ESSER die Unrechtmässigkeit der durch einen Eingriff geschaffenen neuen

118. BUCHER, Allg. Teil OR, S. 626; GAUCH/SCHLUEP/JAEGGI, Nr. 853.

119. Dazu DESAX, S. 30 ff; VON TUHR/PETER, S. 216; vgl. auch MERZ, Widerrechtlichkeit, S. 364 und 367.

120. So ist z.B. Schädigung der Konkurrenz durch erlaubten Wettbewerb erlaubt. Eingriffe in fremdes Gut sind ferner auch gestützt auf OR 52 und OR 419 ff erlaubt; dazu unten, S. 217 ff.

121. BGE 102 II 88, 101 Ib 255 f; 99 II 279.

122. VON TUHR/PETER, S. 494, vgl. auch S. 408 ff; SOMONIUS, S. 58. Ähnlich auch LARENZ, Schuldrecht II, § 69.IV, S. 500 f. Ferner MERZ, Widerrechtlichkeit, S. 261 ff; OFTINGER I, S. 128 ff; KELLER/LANDMANN, Tafeln 44/45; DESAX, S. 12 ff.

123. SCHULZ, S. 443 f; MOSER, S. 8 f; vgl. auch BGE 34 II 700.

124. VON TUHR/PETER, S. 494; BUCHER, Allg. Teil OR, S. 626; JANNER, S. 71; SIMONIUS, S. 59; BECKER zu OR 62, N 20; OSER/SCHOENENBERGER, zu OR 62, N 10; WENNER, S. 149; MERZ/KUMMER, SJK 1037; ferner SCHUMACHER, S. 212; RIKLIN, S. 418; TRACHSLER, S. 108; HOFSTETTER, S. 211.

Vermögenslage in der Widerrechtlichkeit des betreffenden Eingriffs¹²⁵. Dem Beeinträchtigten gebühren die dadurch erlangten Vorteile regelmässig deshalb, weil der Eingreifer die Bereicherung auf dessen Kosten, d.h. durch widerrechtlichen Eingriff in seine Rechtssphäre, erlangt hat¹²⁶.

b. Ausnahmefälle

aa. Ungerechtfertigtheit der erlangten Bereicherung trotz erlaubtem Eingriff

Ebenso wie im Haftpflichtrecht ausnahmsweise ein erlaubter Eingriff zu einer Entschädigungspflicht des Eingreifers führen kann (vgl. OR 52), sind Fälle denkbar, in denen jemand durch einen erlaubten Eingriff eine Bereicherung erlangt, die aber gleichwohl ungerechtfertigt erscheint.

Denkbar ist z.B. folgender Fall: Ein Alpinist wird von einem Schneesturm überrascht und wird dadurch in einer Berghütte von der Umwelt abgeschnitten. Um zu überleben verzehrt er die dort aufbewahrten Lebensmittel. Der Schaden des Hütteneigentümers wird sich auf den (Ankaufs-) Wert der betreffenden Lebensmittel belaufen (abgesehen von möglichem entgangenen Gewinn), während der Alpinist um so viel bereichert ist, als er durch den Verbrauch der fremden Lebensmittel eingespart hat; diese Werte brauchen sich betragsmässig nicht zu entsprechen. Der Eingriff des Alpinisten ist erlaubt, weil er in Notstand gehandelt hat¹²⁷. Trotzdem hat derjenige, der in Notstand in die Rechtsgüter

125. ESSER, Schuldrecht II, § 104.I, S. 365. Auch KELLMANN sagt (S. 92): "Die Unrechtmässigkeit des Erlangens und damit eine Voraussetzung des Bereicherungsanspruches ergeben sich vielmehr allein aus der Verletzung der durch das Eigentumsrecht oder sonstigen Rechten statuierten Unterlassungspflichten, insbesondere der Benutzungs- und Verwertungsverbote." - Wer aber gegen diese Verbote verstösst, handelt eben widerrechtlich. Vgl. auch HAINES, S. 57 ff; VON CAEMMERER, S. 360; ENNECERUS/LEHMANN, § 222.II, S. 890. Ferner: Restatement, S. 525.

126. HAINES, S. 89.

127. Vgl. dazu VON TUHR, Allg. Teil BGB II/2, S. 599 ff; DESAX, S. 49 ff; LANDMANN, S. 126.

Dritter eingreift, nach Ermessen des Richters Ersatz zu leisten (OR 52.II). Diese Lösung rechtfertigt sich deshalb, weil der Unbeteiligte, auf dessen Kosten ein Rechtsgut geschädigt wird, grundsätzlich keinen Schaden davon tragen soll. Allerdings handelt es sich dabei nicht um einen eigentlichen Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, sondern einen Entschädigungsanspruch, der nach billigem Ermessen des Richters gewährt wird¹²⁸, und der im Einzelfall u.U. auch versagt werden kann. Dagegen hat der Dritte, auf Kosten dessen die Notstandshandlung vorgenommen wurde, unabhängig vom richterlichen Ermessen, Anspruch auf Herausgabe einer vom Eingreifer durch den Notstandseingriff allenfalls erlangten Bereicherung, und zwar auch in jenen Fällen, in denen ein Entschädigungsanspruch versagt werden sollte. Die Herausgabe einer Bereicherung bedeutet für den Schuldner eben keine Vermögensverminderung, sondern zwingt ihn lediglich zur Herausgabe eines Zuviel. M.a.W. durch die Herausgabe der erlangten Bereicherung wird der Schuldner nicht schlechter gestellt, als er ohne den Eingriff gestellt wäre. Im Bergsteigerbeispiel ist davon auszugehen, dass er sich in der Zeit, die er in der Berghütte verbracht hatte, ohnehin hätte ernähren müssen und die notwendigen Ausgaben dafür eingespart hat, indem er fremde Lebensmittel verzehrt hat. Diese Bereicherung aber erscheint trotz erlaubtem Eingriff ungerechtfertigt: Es entspricht durchaus der Vernunft des Lebens, dass der sich in Notstand Befindende ein Rechtsgut durch Eingriff in ein fremdes geringwertiges Gut eines andern retten darf. Es spricht andererseits aber nichts dafür, dass die Notstandshandlung dem Eingreifer neben der Bewahrung seines gefährdeten Gutes eine Bereicherung auf Kosten des beeinträchtigten Dritten einbringen soll¹²⁹. Mithin gebührt diese Bereicherung eben dem durch die Notstandshandlung Betroffenen, auch wenn ein Schadenersatzanspruch versagt werden sollte.

128. DESAX, S. 54; LANDMANN, S. 129.

129. Vgl. VON TUHR a.a.O., S. 603.

Sodann handelt es sich m.E. auch beim Anspruch des Geschäftsherrn gegen den echten, auftragslosen Geschäftsführer auf Herausgabe der durch die Geschäftsführung ohne Auftrag erlangten Vorteile um einen Bereicherungsanspruch für erlaubten Eingriff¹³⁰.

VON CAEMMERER sieht einen zur Kondiktion führenden rechtmässigen Eingriff auch dann, wenn der davon Betroffene selbst irrtümlich in sein Vermögen eingegriffen hat: "Der Bereicherungsanspruch ist jedoch auch dann gegeben, wenn es der Eigentümer selbst ist, der z.B. als Hausmeister versehentlich ihm selbst gehöriges Heizmaterial zum Heizen ... verwendet hat, wobei von rechtswidrigem Eingriff nicht die Rede sein kann"¹³¹. VON CAEMMERER übersieht jedoch, dass es sich bei diesem "Eingriff in eigenes Vermögen" um eine (irrtümliche) Zuwendung des Hausmeisters an den Bereicherten handelt¹³².

bb. Keine Ungerechtfertigtkeit der Bereicherung trotz widerrechtlichem Eingriff?

Fraglich ist, ob auch Fälle denkbar sind, in denen jemand durch widerrechtlichen Eingriff eine Bereicherung auf fremde Kosten erlangt, die aber gleichwohl nicht ungerechtfertigt erscheint.

Namentlich wurde im deutschen Schrifttum gegen die Widerrechtlichkeitstheorie von SCHULZ und JAKOBS¹³³ geltend gemacht, dass danach auch der Schmied, der sich zugunsten eines benachbarten Komponisten verpflichtet habe, zu bestimmter Stunde nicht zu hämmern, im Falle des Verstosses

130. Diese Verpflichtung ist im Gesetz nicht ausgesprochen. Es handelt sich um einen quasi-vertraglichen Anspruch, der sich aus Analogie zu OR 400.I ergibt. Vgl. dazu GAUTSCHI, Vorbem. zu OR 419, N 17 a und zu OR 419, N 5 und 9 a ff; VON TUHR/PETER, S. 523, N 42.

131. VON CAEMMERER, S. 352.

132. Oben, S. 141 f.

133. Dazu oben, S. 86 ff.

den Verdienst herausgeben müsste¹³⁴. Nach hier vertretener Ansicht fallen solche Fälle indes zur Begründung eines Bereicherungsanspruches von vorneherein ausser Betracht, weil die erlangte Bereicherung nicht "auf Kosten" des Verletzten geht, d.h. insbesondere, weil der Eingriff für die erlangte Vermögensvermehrung überhaupt nicht wesentlich kausal war¹³⁵. Solche Eingriffe verpflichten lediglich zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens.

Im weiteren wenden KOPPENSTEINER/KRAMER gegen die Widerrechtlichkeit des Eingriffs als Kriterium für Ungerechtfertigkeit der Bereicherung ein, dass es im Bereiche der unerlaubten Selbsthilfe Fälle gebe, in denen jemand zwar widerrechtlich in eine fremde Rechtssphäre eingreife, eine erlangte Bereicherung aber trotzdem nicht ungerechtfertigt sei. Dies sei etwa dann der Fall, wenn sich ein Gläubiger die geschuldete Leistung auf eigene Faust verschaffe. Aufgrund der schuldrechtlichen Sonderverbindung sei eine ungerechtfertigte Bereicherung des widerrechtlich Eingreifenden ausgeschlossen¹³⁶.

Zutreffend ist zweifellos, dass ein Gläubiger, der sich die ihm zustehende Leistung durch unerlaubte Selbsthilfe verschafft, widerrechtlich handelt¹³⁷ und für den dadurch verursachten Schaden ersatzpflichtig wird¹³⁸.

KOPPENSTEINER/KRAMER übersehen aber, dass er dadurch, dass er sich die ihm geschuldete Leistung verschafft, überhaupt nicht bereichert wird. Er erlangt nämlich lediglich das, was ihm z.B. aufgrund eines Vertrages zusteht (also kein "Zuviel"), und für das er zu einer entsprechenden Gegenleistung verpflichtet ist. Mithin entsteht überhaupt

134. So WILBURG, S. 105; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 83; KLEINHEYER, S. 471.

135. Oben, S. 188 ff.

136. KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 83 und 99 f. Als Beispiel wird genannt: "Wenn A dem B eine Hauswand zu Reklamezwecken vermietet hat, sich dann aber weigert, dieser Verpflichtung nachzukommen, so ist B zwar "auf Kosten", aber nicht ungerechtfertigt bereichert, wenn er die Wand im Rahmen des Zugesagten eigenmächtig nützt." (S. 100). Vgl. auch KLEINHEYER, S. 472.

137. VON TUHR, Allg. Teil BGB II/2, S. 596.

138. VON TUHR/PETER, S. 422.

keine Vermögensvermehrung. Die "schuldrechtliche Sonderverbindung" schliesst eben nicht die Ungerechtfertigkeit, sondern schon von vorneherein eine Bereicherung des Eingreifers aus.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass m.E. keine Fälle denkbar sind, in denen jemand durch widerrechtlichen Eingriff auf Kosten eines andern bereichert ist, und diese Bereicherung nicht ungerechtfertigt ist.

c. Ausmass der Ungerechtfertigkeit der durch
widerrechtlichen Eingriff erlangten Bereicherung

aa. Objektive Bereicherung

Kein Zweifel kann darüber bestehen, dass die durch widerrechtlichen Eingriff erlangte Vermögensvermehrung jedenfalls im Umfange der objektiven Bereicherung¹³⁹ ungerechtfertigt ist¹⁴⁰. Ungerechtfertigt ist die durch widerrechtlichen Eingriff erzielte Bereicherung somit im Umfange des Wertes einer Vermögensverschiebung, des objektiven (Verkehrs-) Wertes einer unbefugt veräusserten fremden Sache, oder aber im Umfange des durch den Eingriff Ersparten (z.B. einer angemessenen Lizenzgebühr).

In der Regel wird der Bereicherte dem Beeinträchtigten die objektive Bereicherung erstatten müssen: Da er in solchen Fällen meist die Ungerechtfertigkeit des Erwerbes kennen und somit auch mit der Rückerstattung rechnen musste, ist er mit der Entreicherungseinrede gemäss Art. 64 OR regelmässig ausgeschlossen¹⁴¹. Immerhin sind Fälle denkbar, in denen der Eingreifer in der berechtigten Annahme handelte, er benutze oder verfüge über ein eigenes Gut, und insofern bei einer allfälligen Entäusserung der Bereicherung gutgläubig war.

139. Zum Begriff "Objektive Bereicherung", oben, S. 148 ff.

140. VON CAEMMERER, S. 356 ff; vgl. auch BUCHER, Allg. Teil OR, S. 626.

141. Gl. M. BUCHER, a.a.O.; VON TUHR/PETER, S. 510.

bb. Subjektive Bereicherung

Zu zeigen bleibt, dass auch ein die objektive Bereicherung übersteigender Gewinn¹⁴² des Eingreifers eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt und dem Beeinträchtigten gebührt. Dazu ist von der rechtspolitischen Funktion des Gewinnherausgabeanspruches auszugehen.

aaa. Rechtspolitische Funktion des Gewinnherausgabeanspruches

aaaa. Das "Postulat vom Eingriffsgewinn" in Lehre und Praxis

Fritz SCHULZ stellte sein "System der Rechte auf den Eingriffserwerb" unter die Erkenntnis eines englischen Gerichts: "This court never allows a man to make profit by a wrong."¹⁴³

Die moralische und ethische Richtigkeit dieses Prinzips ist in der Literatur kaum je bestritten worden: So formuliert auch MOSER das Postulat des Eingriffsgewinns: "Grundsätzlich soll niemand aus widerrechtlichem Eingriff in fremdes Recht Gewinn ziehen können"¹⁴⁴, und WOLF fordert, dass jede Verletzung eines subjektiven Rechts den Eingreifer zur Herausgabe des dadurch erzielten Gewinnes an den Träger des Rechts verpflichte¹⁴⁵. Auch das Bundesgericht stellte in BGE 34 II 700 fest, es entspreche einem allgemeinen Grundsatz, dass derjenige, der aus fremdem Vermögen ohne oder gegen den Willen des Eigentümers Gewinn ziehe, diesem rechnungs- und erstattungspflichtig sei¹⁴⁶.

142. Zum Unterschied Gewinn als subjektive Bereicherung zur objektiven Bereicherung, oben, S. 151 f.

143. Lord Hatherly, in Jegon c. Vivian (1870/1), L.R. Ch. App. VI, 742, 761; SCHULZ, S. 1.

144. MOSER, S. 8. Zustimmend Th. FISCHER, S. 15 ff; TROLLER, Rechtsschutz, S. 227 f; ders. Immaterialgüterrecht II, S. 1132 f; AMREIN, S. 24 ff; ferner JAKOBS, S. 64 ff; KOENIG, S. 206; SIMONIUS, S. 66.

145. WOLF, ZSR 46, S. 314; vgl. ders. ZSR 51, S. 76 ff.

146. Vgl. auch BGE 97 II 178.

bbbb. Deliktische Natur des Eingriffs

Massgebend für die Begründung der Ungerechtfertigkeit des Eingriffsgewinns ist folgende Ueberlegung: Jeder widerrechtliche Eingriff in eine fremde Rechtssphäre ist ein Delikt, das zwischen den beteiligten Personen ein Schuldverhältnis entstehen lässt¹⁴⁷, gemäss dem der Eingreifer gewöhnlich zum Ersatze des entstandenen Schadens verpflichtet wird. Widerrechtliches Handeln bewirkt aber, wie oben deutlich gemacht wurde, nicht immer nur auf Seiten des Beeinträchtigten materiellen oder immateriellen Schaden, sondern kann dem Eingreifer daneben auch einen Vorteil einbringen. Ein durch unerlaubte Handlung kausal bewirkter Vermögensvorteil - mithin auch ein Gewinn - stellt aber grundsätzlich eine ungerechtfertigte Bereicherung des Eingreifers auf Kosten des Beeinträchtigten dar¹⁴⁸.

cccc. Präventivfunktion des Gewinnherausgabe-anspruchs

Deliktisches Verhalten darf sich für den Rechtsbrecher nicht bezahlt machen. "Die Aussicht trotz rechtlicher Sanktionen einen Gewinn behalten zu können, darf nicht Anreiz zu Rechtsverletzungen sein."¹⁴⁹ Insbesondere im wirtschaftlichen Bereich kann nämlich der Gewinn des Eingreifers den Schaden des Beeinträchtigten¹⁵⁰ um ein Vielfaches übersteigen; Schadenersatz erweist sich dann aber als wenig wirksame Rechtsfolge. Wollte man in solchen Fällen den Gewinnherausgabe-Anspruch nicht zulassen, bestünde für den Eingreifer die Aussicht, dass sich der Eingriff in eine fremde Rechtssphäre nach Abzug des Schadenersatzes gleichwohl noch als einträgliches Geschäft darstellt. In diesem Sinne weist GERMANN in den "Vorar-

147. VON TUHR/PETER, S. 407; OFTINGER I, S. 19/20; vgl. auch NAWIASKY, S. 208.

148. Oben, S. 143.

149. HOFSTETTER, S. 213.

150. Sofern ein solcher im iuristischen Sinne überhaupt entstanden ist.

beiten zur eidg. Gewerbegesetzgebung" darauf hin, es sei stossend, wenn ein Gewerbetreibender, der etwa wegen unlauteren Wettbewerbs erfolgreich gegen einen Konkurrenten Klage geführt habe, zusehen müsse, wie dieser nach Bezahlung der Entschädigung und Prozesskosten immer noch einen beträchtlichen Gewinn behalten könne¹⁵¹.

Dazu kommt folgendes: Insbesondere die meisten vorsätzlich begangenen Delikte bezwecken nämlich nicht den Eintritt eines Schadens beim Verletzten, sondern sind auf einen - meist vermögensmässigen - Vorteil des Eingreifers gerichtet; ein allfällig eintretender Schaden des Verletzten wird dabei (eventualvorsätzlich) in Kauf genommen. Deutlich kommt dies - wie bereits erwähnt¹⁵² - beim unlauteren Wettbewerb zum Ausdruck. Zutreffend sagen REIMER/PASTOR: "Im gewerblichen Leben begeht ein Verletzter einen Wettbewerbsverstoss nur selten um seinem Konkurrenten Schaden beizufügen. ... Alles was ein Wettbewerber unternimmt, geschieht vielmehr in aller Regel aus dem Grunde, um selbst zu verdienen."¹⁵³ Ebenso liegen die Dinge bei den gegen das Vermögen gerichteten Straftatbeständen (Art. 137 ff StGB), bei denen regelmässig Bereicherungsabsicht des Täters vorausgesetzt wird¹⁵⁴. Ein Dieb, Betrüger etc. begeht die Tat normalerweise eben nicht, um dem Opfer einen Schaden beizufügen - dies ist eine Nebenwirkung des widerrechtlichen Handelns, die er in Kauf nimmt - sondern um sich selbst zu bereichern, d.h. sich einen (unrechtmässigen) Vermögensvorteil zu schaffen.

Da sich die Schadenersatzpflicht in solchen Fällen vielfach als wenig probate Rechtsfolge erweist, ist der Eingreifer zur Gewinnherausgabe zu verpflichten. Dem Gewinnherausgabeanspruch kommt somit eine erhebliche Präventiv-

151. GERMANN, Vorarbeiten, S. 145 f; Th. FISCHER, S. 16 f.

Vgl. auch BGE 87 II 56 und 97 II 178, 98 II 332 f.

152. Oben, S. 173 f.

153. REIMER/PASTOR, S. 299. In diesem Sinne auch MERZ, Wettbewerb, S. 517; HUG, S. 109; KUMMER, S. 5 ff; AMREIN, S. 30 f.

154. Dazu STRATENWERTH, S. 172 ff.

wirkung zu¹⁵⁵: Es soll sich für den Skrupellosen nicht auszahlen, widerrechtlich in eine fremde Rechtssphäre einzugreifen und eine allfällige Schadenersatzpflicht in Kauf zu nehmen, weil danach trotzdem noch Aussicht auf Gewinn besteht. Wer aber bei widerrechtlichem Eingriff einen Gewinnherausgabeanspruch ablehnt, übersieht, dass dann demjenigen die Vorzüge des Rechts zu Gute kommen, der gegen eben dieses Recht verstösst¹⁵⁶.

dddd. Gewinnherausgabe als Sanktion für
unerlaubte Handlung

Aus dem Gesagten erhellt, dass die Gewinnherausgabe eine zivilrechtliche Sanktion für deliktische Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre darstellt¹⁵⁷. Neben oder anstatt einem Schadenersatzanspruch sieht die positive Rechtsordnung als Sanktion gegen widerrechtliches Handeln in manchen Fällen einen Anspruch auf Beseitigung eines störenden Zustandes oder auf Unterlassung einer Beeinträchtigung vor¹⁵⁸ oder auf Feststellung der Widerrechtlichkeit¹⁵⁹. In den Kreis dieser Ansprüche gehört m.E. auch der Gewinnherausgabeanspruch, der alternativ neben den Schadenersatzanspruch tritt¹⁶⁰: Während dieser dem Betroffenen die Handhabe verschafft, erlitten Schaden vom Eingreifer ausgleichen zu lassen, weist ihm der Gewinnherausgabeanspruch den Gewinn zu, den der Verletzer auf seine Kosten, d.h. durch widerrechtlichen Eingriff in seine Rechtssphäre erlangt hat. Die beiden Ansprüche sind klar auseinanderzuhalten. Sie bestehen selbständig und schliessen sich gegenseitig aus: Der Beeinträchtigte kann entweder die Deckung des erlittenen Schadens oder die Herausgabe des vom Eingreifer

155. MOSER, S. 15; ders. SJZ 42, S. 1; VON CAEMMERER, S. 359; KELLMANN, S. 56; HOFSTETTER, S. 213; vgl. auch VON FISCHER, S. 60 f.

156. Vgl. BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl. UWG, N 393.

157. VON CAEMMERER, S. 360; AMREIN, S. 45; vgl. auch VON FISCHER, a.a.O.

158. Z.B. Art. 28, 29 und 928 ZGB; Art. 72 PatG; Art. 2.I, lit. b und c UWG.

159. Art. 2.I lit. a UWG.

160. Ähnlich HOFSTETTER, S. 213. Vgl. auch oben, Einleitungsteil § 4.II.

erzielten Gewinnes verlangen¹⁶¹. Diese Beziehung zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht wurde im anglo-amerikanischen Recht längst erkannt: Der durch Delikt (tort) Beeinträchtigte hat danach die alternative Möglichkeit, entweder Schadenersatz oder Herausgabe des vom Eingreifer erlangten Gewinns zu verlangen (waiver of tort)¹⁶².

Mit dem Gewinnherausgabeanspruch ist somit der Berührungspunkt - das Verbindungsglied - zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht erreicht: Eingangs wurde festgestellt, dass jenes Verhaltenssanktion, dieses aber Zustandskorrektur sei¹⁶³. Der Gewinnherausgabeanspruch beinhaltet beides: Durch Korrektur des vom Eingreifer durch widerrechtliches Handeln erreichten Zustandes - durch Abschöpfen seines "Zuviels" - soll dessen Verhalten sanktioniert werden. Mithin ist der Gewinnherausgabeanspruch die Rechtsfolge für eine durch unerlaubte Handlung erlangte Bereicherung.

Dem Bereicherungsrecht ist der Gewinnherausgabeanspruch letztlich deswegen zuzuschlagen, weil er nicht den Ausgleich, den Ersatz eines Schadens, sondern die Abschöpfung ungerechtfertigter Vermögensvorteile bezweckt, was der Funktion des Bereicherungsrechts entspricht.

bbb. Ausschluss der Ungerechtfertigtheit des Gewinns bei unverschuldetem widerrechtlichem Eingriff

Allgemein umstritten ist, ob der Eingreifer den Gewinn auch dann zu erstatten habe, wenn er schuldlos gehandelt

161. BGE 97 II 178. Eingehend dazu KELLMANN, S. 71 ff.

162. Dazu KELLMANN, S. 42 ff; KOENIG, S. 181 ff; ZWEIGERT/KOETZ II, S. 271 f; Th. FISCHER, S. 15.

Der widerrechtlich Eingreifende wird dabei als eine Art Treuhänder "wider Willen" behandelt (constructive trustee; vgl. dazu VON CAEMMERER, S. 360; KELLMANN, S. 44 und 34 ff; GOFF/JONES, S. 445 ff).

163. Oben, S. 15.

hat¹⁶⁴. Der Präventivfunktion des Gewinnherausgabeanspruches und seiner Eigenschaft als zivilrechtliche Sanktion für widerrechtliches Handeln entsprechend scheint es indes angebracht, diesen Rechtsbehelf nur dort zuzulassen, wo der Eingreifer schuldhaft gehandelt hat. Mit Recht weist HOFSTETTER darauf hin, dass es systemwidrig wäre, wollte man einen Gewinnherausgabeanspruch auch ohne Verschulden einräumen, nachdem Schadenersatz grundsätzlich nur bei Verschulden zu leisten sei und auch die Bereicherungsansprüche gemäss OR 64 bei gutem und bösem Glauben des Bereicherten verschieden seien¹⁶⁵. Dem ist beizufügen, dass auch nach ZGB 940 nur der bösgläubige Besitzer die aus dem unrechtmässigen Besitz gezogenen Nutzungen dem Berechtigten herauszugeben hat. Tatsächlich würde es für den zwar widerrechtlich aber schuldlos Eingreifenden eine kaum zu rechtfertigende Härte bedeuten, wenn er dasjenige herausgeben müsste, was er im berechtigten Vertrauen auf die Rechtmässigkeit seines Verhaltens geschaffen und verdient hat. Die Rechtsfolge wäre dem Zweck des Gewinnherausgabeanspruches in keiner Weise adäquat. In diesem Sinne stellt auch AMREIN fest, dass "üble Absichten, Wissen um die Fremdheit der Angelegenheit, Vorsatz in Bezug auf den Missbrauch", anders zu beurteilen seien, "als der gute Glaube, der entschuldbarer Irrtum über die Sach- und Rechtslage oder das geringere Mass an Unsorgfalt"¹⁶⁶. Mit hin erscheint eben der vom schuldlosen Eingreifer erzielte Gewinn unter Berücksichtigung der Rechtsordnung immanenten Wertungen, nicht ungerechtfertigt¹⁶⁷.

164. Dazu HOFSTETTER, S. 211 ff; BIRRER, S. 94 ff; VON CAEMMERER, S. 359 f; ferner KELLMANN, S. 132 f; Th. FISCHER, S. 20 ff; TROLLER, S. 1132, insbes. N. 95.

Auch im anglo-amerikanischen Recht ist umstritten, ob Gewinnherausgabe nur bei schuldhaftem Eingriff zu gewähren sei. Die Zubilligung dieses equity-(Billigkeits-) Behelfes liegt im Ermessen der Gerichte, die den Eingriffsgewinn meist nur bei vorsätzlich unbefugtem Eingriff zusprechen.

KOENIG, S. 203; VON CAEMMERER a.a.O.; GOFF/JONES, S. 434 und 455.

165. HOFSTETTER, S. 212; BIRRER, S. 109.

166. AMREIN, S. 51 ff.

167. Vgl. SIMONIUS, S. 62; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 166, 169 f; VON CAEMMERER, S. 359, will die Gewinnherausgabe nur bei Vorsatz zulassen, was von KELLMANN, S. 132 unten, zu Recht kritisiert wird.

Demgegenüber spricht sich insbesondere TROLLER dafür aus, den Gewinnherausgabeanspruch unabhängig von einem Verschulden des Eingreifers zuzulassen. Es sei gerade dessen Vorteil gegenüber dem Schadenersatzanspruch, dass es dem Beeinträchtigten erspart bleibe, das Verschulden des Eingreifers nachzuweisen¹⁶⁸. Dieses Argument vermag indes nicht durchzuschlagen: Es ist m.E. offensichtlich, dass es nicht Sache des Beeinträchtigten sein kann, ein Verschulden des Eingreifers nachzuweisen, sondern dass dieser seine Unschuld zu beweisen hat; mithin soll dem Eingreifer der Exkulpationsbeweis offen stehen. Dies erhellt im wesentlichen aus folgender Ueberlegung: Die Tatsache, dass jemand durch einen rechtswidrigen Eingriff Gewinn erzielt hat, spricht regelmässig dafür, dass der Eingreifer schuldhaft gehandelt hat. Die Dinge liegen insofern anders als im Schadenersatzrecht, als hier die unerlaubte Handlung dem Eingreifer einen erstrebenswerten Vorteil einbringt, was die Vermutung nahelegt, dass er diesen vorteilhaften Erfolg auch zu vertreten hat¹⁶⁹. Sodann ist zu beachten, dass die Bereicherungsansprüche - zu denen der Gewinnherausgabeanspruch nach hier vertretener Auffassung gehört - grundsätzlich von einem Verschulden unabhängig sind, d.h. grundsätzlich ist eben auch der widerrechtlich erlangte Gewinn geschuldet. Es handelt sich somit um eine Ausnahme zugunsten des schuldlos Bereicherten, für dessen Vorliegen er die Beweislast trägt, da er daraus ein Recht ableitet (ZGB 8). Im weiteren rechtfertigt sich die Beweislastumkehr auch aus praktischen Gründen: Es dürfte für den Verletzten, insbesondere im gewerblichen Bereich, im allgemeinen schwierig oder gar unmöglich sein, den Schuldnachweis zu erbringen, während dem Eingreifer der Exkulpationsbeweis ohne weiteres zugemutet werden kann¹⁷⁰.

168. TROLLER II, S. 1132 f, N 95; gl. M. Th. FISCHER, S. 20 ff; vgl. auch KELLMANN a.a.O.. Auch das BGer stellt in BGE 97 II 177 f, allerdings ohne Begründung, fest, die Gewinnherausgabe setze kein Verschulden voraus.

169. Dies deswegen, weil der Eingreifer in solchen Fällen meist vorsätzlich handelt.

170. Gl. M. WOLF, ZSR 51 NF, S. 81.

Festzuhalten ist somit, dass der durch widerrechtlichen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre Bereicherte, grundsätzlich auch den erlangten Gewinn zu erstatten hat, sofern er nicht nachweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. Vermag er diesen Beweis aber nicht zu erbringen, steht jedenfalls fest, dass er mit den Entreichungseinrede gemäss OR 64 ausgeschlossen ist: Hat er nämlich widerrechtlich-schuldhaft in die fremde Rechtssphäre eingegriffen, muss er auch mit der Rückerstattung zumindest rechnen.

ccc. Die Frage nach der Anspruchsberechtigung

Allgemein bereitet die Frage Schwierigkeiten, wem ein unrechtmässig erlangter Gewinn zustehen soll; insbesondere sträubt man sich dagegen, dem Beeinträchtigten auch den seinen Schaden übersteigenden Gewinn zuzusprechen. Schon Fritz SCHULZ musste feststellen, dass das natürliche Rechtsgefühl dabei verharre, dem Verletzten den Eingriffsgewinn nur in der Höhe seines Schadens zuzusprechen¹⁷¹, und auch VON CAEMMERER weist darauf hin, dass es nicht leicht zu begründen sei, warum der Gewinn dem Verletzten zuzusprechen sei¹⁷².

So wurde denn auch schon geltend gemacht, es sei weder moralisch zu rechtfertigen noch iuristisch zu begründen, warum dem Beeinträchtigten die "Burgunderbeute" zuzuweisen sei, warum dieser mehr erhalten solle, als sein Schaden betragen habe¹⁷³. Als Alternative wurde daher verschiedentlich vorgeschlagen, den den Schaden des Beeinträchtigten übersteigenden Teil der Vermögensvermehrung dem Staate oder einem Wirtschaftsverband zuzuwenden¹⁷⁴.

171. SCHULZ, S. 443. SCHULZ fährt fort: "Indes entscheidend kann hier wie immer nur das geläuterte Rechtsgefühl dessen sein, der die rechtliche Situation nach allen Seiten überschaut."

172. VON CAEMMERER, S. 360.

173. Charakteristisch für diese Argumentation sind die Beratungen zu Art. 3 des Entwurfes zum UWG: Sten. Bull. 1943, StR S. 54 ff, NR S. 139 ff. Vgl. auch VON FISCHER; S. 17 ff.

174. So GERMANN, Vorarbeiten, S. 146; ROSENTHAL, GRUR 1920, S. 35; VON FISCHER, S. 60 f.

Siehe auch Art. 3 Abs. 3 des Entwurfes zum UWG.

Es ist indessen nicht einzusehen, warum der Staat oder überhaupt irgend ein anderer als der Beeinträchtigte davon profitieren soll, dass sich jemand auf seine Kosten ungerechtfertigt bereichert hat. Dem Beeinträchtigten kann und darf weder zugemutet werden, noch hat er normalerweise ein Interesse daran, einen aufwendigen Prozess zu führen, aus dem zum grössten Teil der Fiskus den Nutzen zieht, und bei dem er zudem das Risiko eines oft beträchtlich höheren Streitwertes trägt, als wenn er lediglich auf Schadenersatz klagen würde. Noch grotesker wäre die Situation in jenen Fällen, in denen er einen ökonomisch messbaren Schaden überhaupt nicht, sondern "nur" eine immaterielle Beeinträchtigung, erlitten hat. Meistens würde dies dann dazu führen, dass der Eingreifer seinen ungerechtfertigt erlangten Vorteil trotzdem behalten dürfte, weil der Beeinträchtigte diesen gar nicht einklagt. Somit aber würde auch diese Regelung den Rechtsbrecher indirekt unterstützen, es sei denn, man räume dem Staat ein Klagerrecht ein, so dass dieser selbst als Prozesspartei auftritt. Auch diese Lösung ist tatsächlich in Betracht gezogen worden. Sie ist jedoch weder mit den Grundsätzen des Zivilrechts, noch mit denen einer liberalen Staats- und Wirtschaftsordnung vereinbar. Denn Ausfluss der Privatautonomie ist auch, dass es nicht Sache des Staates sein kann noch ist, Ansprüche Privater gegen Private durchzusetzen, bzw. in Schuldverhältnisse zwischen Privaten einzugreifen. Der Staat überlässt es den daran Beteiligten, die für sie gegebene Ordnung zu verwirklichen, denn es ist nicht eine Frage des Gemeinwohls, sondern vorwiegend privater Interessen, dass diese Ordnung im Einzelfall verwirklicht wird¹⁷⁵.

Dazu kommt, dass dadurch staatliche Organe - vor allem im wirtschaftlichen Bereich - Einblick in Geschäfts- und Kalkulationsgeheimnisse einzelner Unternehmer erhielten, was

175. Dazu JAEGLI, Privatrecht und Staat, in: Privatrecht und Staat, Zürich 1976, S. 21; OFTINGER, Ueber den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, in: Ausgewählte Schriften, Zürich 1978, S. 3 ff. Ferner SCHULZ, S. 443 f; JAKOBS, S. 65. Vgl. auch Sten. Bull. 1943, StR S. 56, NR S. 147.

sich u.U. auf das freie Spiel wirtschaftlichen Wettbewerbs in höchstem Masse hemmend auswirken würde. In jedem Falle ist daher die Herausgabe des den Schaden des Beeinträchtigten übersteigenden Gewinns an den Fiskus als unerwünschte Verquickung von zivilem und öffentlichem Recht - als polizeirechtlicher Fremdkörper - abzulehnen¹⁷⁶.

Da andererseits die Belassung solcher Gewinne aus den dargelegten Gründen beim Eingreifer nicht gebilligt werden kann, erscheint deren Herausgabe an den Beeinträchtigten als die einzige praktikable Lösung¹⁷⁷. Es ist denn auch kein Grund ersichtlich, weshalb der Beeinträchtige den auf seine Kosten erzielten Gewinn nicht erhalten sollte. Es mutet m.E. jedenfalls befremdend an, wenn gesagt wird, die Herausgabe des Gewinns an den Beeinträchtigten sei moralisch ebenso stossend, wie dessen Belassung beim Eingreifer, denn dadurch werde jener unverdient bereichert¹⁷⁸. Diese Argumentation übersieht, dass die "Bereicherung", die der Beeinträchtige durch den vom Eingreifer herauszugebenden Gewinn allenfalls erlangt, keineswegs ungerechtfertigt ist. Dazu muss man sich vergegenwärtigen, dass der Gewinn des Eingreifers als solcher nicht ungerechtfertigt ist, denn Gewinn ist das Ergebnis jeden wirtschaftlichen Handelns und wird für gewöhnlich durchaus rechtmässig erzielt. Es ist einzig der schuldhaft deliktische - letzten Endes gegen Treu und Glauben verstossende - Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, der den Gewinn des Eingreifers zu einer ungerechtfertigten Vermögensvermehrung stempelt und bewirkt, dass dieser Erfolg - gleichsam die Belohnung unerlaubten Handelns - nicht gebilligt werden kann. Dieses deliktische Element entfällt aber auf Seiten des Beeinträchtigten. Der Grund-

176. Ein Klagerecht eines Wirtschaftsverbandes, der nach den Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder befugt ist, ist allenfalls dann zu bejahen, wenn jemand widerrechtlich Gewinn auf Kosten der unbestimmbaren Vielzahl der Mitglieder des betreffenden Wirtschaftsverbandes einen Gewinn erzielt (vgl. Art. 2 Abs. 3 UWG).

177. So auch VON CAEMMERER, S. 360; KELLMANN, S. 16.

178. So aber HAEFELIN in Sten. Bull. 1943 Str S. 56; vgl. auch KLOETI in Sten. Bull. a.a.O., S. 60.

satz des Schadenersatzrechtes, wonach der Schadenersatz nicht zu einer Bereicherung des Geschädigten führen dürfe¹⁷⁹, kann jedenfalls nicht auf das Bereicherungsrecht übertragen werden. Denn die Gewinnherausgabe verpflichtet den Eingreifer - wie die Bereicherungsansprüche überhaupt - nur zur Herausgabe des "Zuviel" in seinem Vermögen. Der Bereicherungsschuldner erfährt dadurch aber keine Vermögensverminderung, weil er lediglich so gestellt wird, wie wenn er die unerlaubte Handlung nicht begangen hätte¹⁸⁰. Andererseits gebührt der Eingriffserwerb dem Beeinträchtigten eben deshalb, weil er durch widerrechtliche, gegen seine Interessen verstossende Beeinträchtigung seiner Rechtssphäre erzielt worden ist¹⁸¹. M.a.W., der ungerechtfertigte Gewinn des Eingreifers steht dem Beeinträchtigten eben deshalb zu, weil er ausschliesslich nur durch eine Beeinträchtigung seiner Rechtssphäre überhaupt realisiert werden konnte¹⁸². Bildlich sagt MOSER, "dass ernten soll, wer gesät hat"¹⁸³.

Im übrigen hält sich auch niemand darüber auf, dass der rechtmässige Besitzer nach ZGB 940 u.U. gelegentlich mehr zurückerlangt, als etwa zur Deckung seines Schadens erforderlich wäre: Danach hat nämlich der unberechtigte, bösgläubige Besitzer dem wahrhaft Berechtigten sämtliche aus dem unrechtmässigen Besitze gezogenen Nutzungen herauszugeben, was bekanntlich auch jene Vorteile umfasst, die jener selbst nicht gezogen hätte, bzw. überhaupt nicht hätte erzielen können¹⁸⁴. Schliesslich anerkennt bei Patentverletzungen auch das Bundesgericht, dass die Gewinnherausgabe unabhängig von einem eingetretenen Schaden zu gewähren sei. Der Gewinn könne grösser oder kleiner als der eingetretene Schaden sein und sei dem Verletzten

179. OFTINGER I, S. 66.

180. Ebenso KELLMANN, S. 16.

181. Ähnlich HAINES, S. 89.

182. Oben, S. 189.

183. MOSER, SJZ 42, S. 4; Th. FISCHER, S. 15 f. A.M. VON FISCHER, S. 17 ff.

184. HOMBERGER zu ZGB 940, N 10; dazu oben, S. 112 bei N 243.

selbst dann herauszugeben, wenn dieser überhaupt keinen Schaden erlitten habe oder ihm die fremde Patentbenützung sogar genützt habe¹⁸⁵.

ddd. Zur Berechnung des ungerechtfertigten
Gewinns

Als Argument gegen den Anspruch auf Gewinnherausgabe wurde auch schon geltend gemacht, die Berechnung solcher Gewinne - sofern überhaupt möglich - sei äusserst kompliziert und könne nur durch umfangreiche Expertisen ermittelt werden¹⁸⁶. Solche Expertisen aber deckten die hintersten Geschäfts- und Kalkulationsgeheimnisse auf, so dass der Gewinnherausgabeanspruch leicht zur Schikane oder zum Selbstzweck werden könne, um auf diese Weise in die Verhältnisse der Konkurrenz Einblick zu erlangen.

Dem ist aber entgegenzuhalten, dass ein Gewinn im allgemeinen wesentlich leichter zu ermitteln ist, als etwa ein Schaden. Insbesondere bei Immaterialgüterrechts- und Wettbewerbsverletzungen besteht der Schaden des Verletzten oft in entgangenem Gewinn. Ein solcher aber beruht auf einer Hypothese¹⁸⁷ und der Nachweis dafür kann meist nur schwer erbracht werden, oder aber es liegt - trotz Beeinträchtigung - nach iuristischer Betrachtungsweise überhaupt kein Schaden des Beeinträchtigten vor, weil darunter definitionsgemäss nur ein ökonomisch messbarer Schaden verstanden wird¹⁸⁸. Dagegen stellt ein erzielter Gewinn eine feststehende Tatsache dar, kann durch konkrete Zahlen ausgedrückt und beispielsweise anhand einer Buchexpertise ermittelt werden¹⁸⁹.

185. BGE 97 II 177; 98 II 332 f; ferner BGE 34 II 700.

186. Vgl. Sten. Bull. 1943, StR 1943, S. 56.

187. OFTINGER I, S. 55.

188. Es ist ja ohne weiteres denkbar, dass nur eine Beeinträchtigung immaterieller Natur vorliegt. Oben, S. 128 ff.

189. Gl. M. MOSER, S. 13; TROLLER II, S. 1133; VON CAEMMERER, S. 360; Th. FISCHER, S. 107; BGE 97 II 178.

Als Beispiel für Buchexpertise: BGE 49 II 519.

Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt wurde, geht dabei nur jener Gewinn auf Kosten des Beeinträchtigten - und nur dieser kommt somit für den Herausgabeanspruch in Betracht -, für den der Eingriff eine notwendige Bedingung, mithin eine wesentliche Ursache darstellt¹⁹⁰. Fest steht weiter, dass unter dem herauszugebenden Eingriff der Rein- bzw. Nettogewinn zu verstehen ist¹⁹¹. Der Eingreifer kann somit seine eigenen Aufwendungen und Kosten vom tatsächlich eingetretenen Bruttogewinn in Abzug bringen¹⁹². Wurde beispielsweise Gewinn durch schuldhaft-widerrechtliche Patentverletzung erzielt, hat der Verletzer den sich aus dem Verkauf der widerrechtlich erzeugten Produkte ergebende Erlös herauszugeben, abzüglich seiner eigenen Materialkosten, die für die Produktion bezahlten Löhne, seiner Vertriebs- und anderen Spesen etc.¹⁹³, und soweit dieser Gewinn die objektive Bereicherung¹⁹⁴ übersteigt¹⁹⁵. Zu einer verhältnismässigen Herabsetzung des Gewinns führt m.E. aber auch, wenn der eingetretene Gewinn teilweise auf in der Person des Eingreifers liegenden Umstände zurückzuführen ist, wie z.B. dessen Tüchtigkeit und "know how", seinen Einfluss, seine Berühmtheit, seine Marktposition oder seinen Goodwill etc.. Erzielt z.B. ein berühmter Regisseur Gewinn durch unbefugte Produktion eines urheberrechtlich geschützten Werkes, so ist der dem verletzten Autor herauszugebende Gewinn in dem Umfange zu reduzieren, als er auf die Berühmtheit und das Können des Regisseurs zurückzuführen ist. Ebenso wäre wohl zu entscheiden, wenn der Erfolg des Stückes zu einem

190. Oben, S. 188 ff.

191. Th. FISCHER, S. 111; HOFSTETTER, S. 216.

Siehe auch SCHLUEP, S. 237.

192. Zur Berechnung im einzelnen, siehe die ausführliche Darstellung bei Th. FISCHER, S. 111 - 120, zur Praxis, S. 133 ff. Es kann darauf verwiesen werden.

193. Dazu Th. FISCHER, S. 115; teilw. a.M. AMREIN, S. 49.

Vgl. auch KOENIG, S. 190.

194. Oben, S. 148.

195. In BGE 35 II 658 ff konnte der Nachahmer von Maybach-Kühlern auch jenen Betrag vom herauszugebenden Gewinn in Abzug bringen, den er mittels irgend eines andern Kühlers gleichermassen hätte erzielen können. A.M. Th. FISCHER, S. 117 f; vgl. auch KOPPEN-STEINER/KRAMER, S. 164 f.

Vgl. ferner die Berechnung in ZR 45, Nr. 202, S. 366 (Erw. 14).

Teil auf der Publikumsgunst eines mitwirkenden Schauspielers beruht¹⁹⁶.

Richtig ist, dass der Beeinträchtigte den Gewinn des Eingreifers nur durch Einblick in dessen Geschäftsinterna, d.h. über den Weg der Auskunft und Rechnungslegung nachzuweisen vermag¹⁹⁷. Der dagegen erhobene Einwand, der Beeinträchtigte erlange dadurch unbefugte Kenntnis der Geschäftsgeheimnisse des Eingreifers, weshalb diesem die Offenlegung seiner Unterlagen nicht zugemutet werden könne, ist unbehelflich. Mit Recht weist Th. FISCHER darauf hin, dass der Gewinnherausgabeanspruch ohne das Hilfsmittel der Auskunft und Rechnungslegung jeden Wert verlieren würde¹⁹⁸. Es gilt zu bedenken, dass etwa auch die Schadenssubstanziierungspflicht¹⁹⁹ den Geschädigten regelmässig zwingt, den erlittenen Schaden zahlenmässig genau zu beweisen. Dieser Nachweis kann vielfach nur durch Offenlegung der eigenen Buchhaltung und Geschäftspraktiken erbracht werden²⁰⁰. Zwar soll der Richter gemäss Art. 42 Abs. 2 OR den Schaden nach seinem Ermessen abschätzen, wenn dem Geschädigten der zahlenmässige Nachweis des Schadens nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Letzteres soll namentlich dann der Fall sein, wenn dem Gegner durch Offenlegung der Bücher Geschäftsgeheimnisse preisgegeben würden²⁰¹. Diese Aufgabe stellt den Richter indes vor erhebliche Schwierigkeiten, was dazu führt, dass die Gerichte bei der Festsetzung der Schadenshöhe allzu zurückhaltend sind. Zudem kommt der Geschädigte nicht darum herum, dem Gericht alle Unterlagen zur Verfügung zu stellen, um die wahrscheinlichen Folgen der schädigenden Handlung abzuschätzen²⁰². Zwingt aber die Beweislastvertei-

196. Vgl. dazu den amerikanischen Fall *Sheldon v. Metro Goldwyn Pictures Corp.*, 309 US 390, 84 L. ed. 825, 60 S.Ct. 681 (1939), zit. bei KOENIG, S. 192, A.M. Th. FISCHER, S. 118 f.

197. Th. FISCHER, S. 107.

198. Th. FISCHER a.a.O.

199. Dazu OFTINGER I, S. 175 ff.

200. Th. FISCHER, S. 41 ff.

201. OFTINGER I, S. 176.

202. MOSER, S. 11 f; ders. SJZ 42, S. 17; GERMANN, UWG, S. 324; STRAEULI/MESSMER zu § 113 der zürch. ZPO, N 8; Th. FISCHER, S. 41 f.

lung schon einen Geschädigten zur Offenlegung seiner eigenen Bücher, damit er überhaupt zum Ersatze seines Schadens gelangt, so muss es dem Eingreifer umso eher zugemutet werden können, dem Verletzten Auskunft und Rechnungslegung zu gewähren, damit dieser den vom Eingreifer erzielten Gewinn beweisen kann²⁰³. Wer dies verneint, gewährt dem Eingreifer besseren Schutz als dem Beeinträchtigten, was jeglicher Vernunft widerspricht.

eee. Einzelfragen

aaaa. Gewinnherausgabe bei unlauterem Wettbewerb

Art. 3 des Entwurfes zum Gesetz über den unlauteren Wettbewerb sah die Herausgabe des widerrechtlich erlangten Gewinns dann vor, wenn der Beklagte schuldhaft gehandelt hat. Diese Bestimmung gehörte in den eidgenössischen Räten zu den am meisten umstrittenen des neuen Gesetzes²⁰⁴. Zwar betonte man in den Räten männiglich die wirtschafts- und sozialetische Notwendigkeit des Prinzips der Gewinnherausgabe, gelangte aber schliesslich zur Ablehnung des Instituts, weil es in der Praxis - aus den oben dargelegten und widerlegten Gründen - schwierig zu handhaben sei. Die Richtigkeit des moralischen Grundsatzes an sich war absolut unbestritten, und man wollte die Ablehnung dieser Bestimmung auch nicht dahingehend interpretiert wissen, dass ein durch unlauteren Wettbewerb erzielter Gewinn dem Eingreifer belassen werden sollte. Man hielt aber diesen für das schweizerische Recht neuen Klageanspruch "noch nicht reif zur Verwirklichung"²⁰⁵.

Trotz dieser grundsätzlich positiven Haltung der eidgenössischen Räte zum Prinzip der Gewinnherausgabe, berief

203. Gl. M. MOSER a.a.O.; TROLLER II, S. 1137; Th. FISCHER, S. 107. Nach Th. FISCHER, S. 108, soll OR 42.II analog angewendet werden, wenn Auskunft und Rechnungslegung durch den Eingreifer zu keinem Ergebnis führen. Vgl. auch ZR 31 Nr. 124.

204. Vgl. Sten. Bull. 1943: StR S. 53 ff, NR S. 138 ff.

MOSER, SJZ 42, S. 4 ff.

205. Sten. Bull. 1943, StR S. 57; ferner NZZ 1943, Nr. 919/1.

sich das BGer in BGE 73 II 194 ff auf die Ablehnung von Art. 3 des Entwurfes zum UWG und führte auf S. 198 aus: "Es liefe somit dem klaren Willen des Gesetzgebers zuwider, über die in Art. 2 Abs. 1 UWG aufgezählten Ansprüche hinaus einen auf einer angeblichen Geschäftsführung ohne Auftrag beruhenden Gewinnherausgabeanspruch zuzubilligen." Gestützt darauf lehnte das BGer in der Folge in BGE 79 II 327 und BGE 83 II 165 eine "über den dem Verletzten nachweisbar erwachsenen Schaden" hinausgehende Gewinnabschöpfung als "unzulässig" ab²⁰⁶.

Aus den Gesetzesmaterialien geht indessen deutlich hervor, dass sich die Ablehnung des Gewinnherausgabeanspruchs bei unlauterem Wettbewerb nicht auf das Prinzip als solches bezog, sondern lediglich auf die konkrete Ausgestaltung des in Frage stehenden Gesetzes. Angesichts dieser Sachlage auf einen klar ablehnenden gesetzgeberischen Willen zu verweisen, wirkt befremdend. Vielmehr entspräche es - wie MOSER²⁰⁷ zutreffend dafürhält - der Tendenz der Gesetzesberatung, das Gewinnherausgabepostulat im Wettbewerbsrecht auf dem Wege der Rechtsprechung allmählich zu verwirklichen, zumal "das Rechtsempfinden des Volkes wohl die Herausgabe eines solchen Gewinnes" verlangt²⁰⁸. Jedenfalls sollte Dissens über die dogmatische Einordnung der Sachfrage nicht verhindern, zunächst die Zustimmung zur grundsätzlichen Antwort zu suchen. Heute ist sich die schweizerische Doktrin darin einig, dass die Ausmerzung von Art. 3 des Entwurfes dem Gewinnherausgabeanspruch bei unlauterem Wettbewerb nicht entgegengehalten werden kann, und dass Art. 2 UWG die zivilrechtlichen Ansprüche nicht abschliessend regelt²⁰⁹. Insbesondere sind Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung dadurch nicht ausgeschlossen²¹⁰. Ein Gewinnherausgabeanspruch bei unlauterem

206. Vgl. VON BUEREN, Kommentar UWG, S. 173, Nr. 23.

207. MOSER, SJZ 42, S. 18.

208. NZZ 1943, Nr. 919/1.

209. GERMANN, UWG, S. 322; TROLLER, Rechtsschutz, S. 228; WOLF, S. 52 f; MOSER, SJZ 42, S. 18; Th. FISCHER, S. 23.

210. WOLF a.a.O.; Th. FISCHER, S. 30; TROLLER a.a.O., S. 229; MOSER a.a.O.; BBl. 1942, S. 681; Botsch. BR zum UWG, S. 41. Vgl. ferner auch BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl. UWG, N 396 ff; KOPPENSTEINER/KRAMER, S. 210.

Wettbewerb wurde von Literatur und Praxis in der Schweiz bisher allerdings - wie oben gezeigt wurde²¹¹ - einzig als Anspruch aus "angeblicher" Geschäftsführung ohne Auftrag²¹² in Betracht gezogen²¹³. Dass diese Konstruktion aber bei unlauterem Wettbewerb unbehelflich ist, ist bereits im Zusammenhang mit der Frage, wann eine Bereicherung, mithin auch ein Gewinn, durch unlauteren Wettbewerb auf fremde Kosten erlangt wurde, erörtert worden; denn wer unlauteren Wettbewerb begeht, führt eben keine fremden Geschäfte²¹⁴.

Dagegen kann kein Zweifel daran bestehen, dass ein Vermögensvorteil, der durch unlauteren Wettbewerb auf Kosten eines Konkurrenten - d.h. durch materielle oder immaterielle Schädigung von dessen Rechtssphäre - erlangt wurde, eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt: Denn wer sich im Wettbewerbskampf unlauterer Mittel bedient, handelt widerrechtlich²¹⁵. Entsprechend dem oben Gesagten ist der erzielte Gewinn dem Beeinträchtigten herauszugeben, wenn der Unlautere schuldhaft gehandelt hat²¹⁶, was im übrigen meistens der Fall sein dürfte.

Gerade bei unlauterem Wettbewerb wird die Gewinnherausgabe durch die aufgezeigte Funktion des wirtschaftlichen Wettbewerbs²¹⁷ dringend geboten: Wettbewerb ist ein generelles Verhaltensprinzip²¹⁸, das die einzelnen am Wettbewerb beteiligten Subjekte dazu bestimmt, Vorteile gegen-

211. Oben, S. 169 ff.

212. So BGE 73 II 198.

213. Ein Bereicherungsanspruch wurde deswegen als untaugliches Mittel erachtet, weil der Bereicherung nach traditioneller Auffassung eine Entreicherung entsprechen müsse und sich somit nicht mehr erreichen lasse, als mit einem Schadenersatzanspruch. Vgl. etwa Th. FISCHER und TROLLER a.a.O.; AMREIN, S. 16 N 82.

214. Dazu oben, S. 175 f. BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl. UWG, N 394; VON FISCHER, S. 12 ff.

215. TROLLER II, S. 1050 ff; GERMANN, UWG, S. 254 f; VON BUEREN, Kommentar UWG, S. 6 ff; VON TUHR/PETER, S. 412 f; OFTINGER I, S. 130.

216. Oben, S. 226 ff.

217. Oben, S. 173 f.

218. NZZ 1979, Nr. 117, S. 15.

über der Konkurrenz zu erlangen²¹⁹. Das Wettbewerbsrecht umschreibt dabei das in diesem Kampf Erlaubte²²⁰. Insbesondere gehört es zu den Grundgedanken des Wettbewerbsrechtes, die wettbewerbliche Leistung eines Konkurrenten gegen missbräuchliche Ausnützung durch andere zu schützen²²¹. Dieser Aufgabe kann das Wettbewerbsrecht aber nur dann gerecht werden, wenn gegen den Unlauteren wirkungsvolle Sanktionen zur Verfügung stehen, d.h. konkret, dass der unlautere Wettbewerb für den Urheber nach den getroffenen Massnahmen nicht doch noch ein vorteilhaftes Geschäft darstellen darf²²². Dies ist aber jedenfalls nur dann der Fall, wenn er auch den durch die unerlaubte Handlung erzielten Gewinn herausgeben muss. Im Lichte dieser Erwägungen aber ist es unbefriedigend, dass in Art. 8 des Entwurfes der Expertenkommission für die Revision des UWG vom Frühjahr 1980, Art. 2 des heutigen UWG unverändert übernommen und von einem Gewinnherausgabeanspruch abgesehen wurde²²³. Mit BAUMBACH/HEFERMEHL ist zu betonen, dass die Ablehnung des Gewinnherausgabeanspruchs den Rechtsbrecher unterstützt²²⁴.

bbbb. Gewinnherausgabe bei Verletzung von
fremdem Persönlichkeitsrecht

Viel diskutiert wird auch die Frage, ob ein durch Persönlichkeitsrechtsverletzung erzielter Gewinn auf bereicherungsrechtlicher Grundlage geltend gemacht werden könne.

219. Vgl. dazu VON BUEREN, Kommentar UWG, S. 2 f; HUG, S. 24 ff; MERZ, Wettbewerb, S. 517 ff; vgl. auch TROLLER II, S. 1032 ff.

220. HUG, Wettbewerb, S. 107 ff; VON BUEREN a.a.O., S. 4 f.

221. BGE 87 II 56; PR 68 (1979) Nr. 99, S. 260.

222. BGE 83 II 165; 72 II 399 ff; GERMANN, UWG, S. 324; KELLMANN, S. 14 ff.

223. Art. 2 UWG bzw. Art. 8 des Entwurfes wäre somit wie folgt durch eine entsprechende lit. zu ergänzen:

"... anstelle des Anspruches auf Schadenersatz auf Herausgabe des vom Verletzer erzielten Gewinns (ev.: nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung), sofern dieser nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle."

224. BAUMBACH/HEFERMEHL, Einl. UWG, N 393. Ferner: Th. FISCHER, S. 28 ff; WILBURG, S. 44 ff; JAKOBS, S. 115 ff; KELLMANN, S. 93; HAINES, S. 93 ff.

aaaa. Literatur und Praxis im Ausland

1. Für HUBMANN spricht die schwer abgrenzbare, unbestimmte Weite eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegen Bereicherungsansprüche wegen dessen Verletzung, weil "es für das Wirtschaftsleben und den Güterverkehr zu einer kaum tragbaren Unsicherheit führen müsste, wollte man an jeden schuldlosen Eingriff eine Verpflichtung zur Herausgabe des Gewinns knüpfen"²²⁵. Eine Ausnahme sei nur dann zu machen, wenn ein gesetzlich geregeltes Persönlichkeitsrecht unberechtigt verletzt werde.

Dazu ist allerdings zu bemerken, dass das deutsche Recht bis vor kurzem keinen allgemeinen Persönlichkeitsschutz kannte, wie ihn etwa das schweizerische Recht in ZGB 28 und OR 49 statuiert. Erst in neuerer Zeit anerkennt die Rechtsprechung, gestützt auf Art. 1 und 2 GG ein von der Doktrin entwickeltes, allgemeines Persönlichkeitsrecht²²⁶. Verschiedene Vertreter der Zuweisungstheorie verneinen indes Bereicherungsansprüche bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen mit der Begründung, dass das Persönlichkeitsrecht keinen Zuweisungsgehalt habe, sondern eine blosse Schutzposition darstelle²²⁷. In der jüngeren bereicherungsrechtlichen Literatur mehren sich dagegen die Stimmen derer, die einen Bereicherungsanspruch befürworten, "der die Aussicht schmälern würde, auf Kosten fremder Persönlichkeitsrechte Gewinn zu machen"²²⁸. Ausdrücklich anerkennt etwa JAKOBS einen Bereicherungsanspruch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen: "Erkennt man das allgemeine Persönlichkeitsrecht an ..., so muss man der Idee des Rechts auf den Eingriffserwerb gemäss, die Bereicherungs-

225. HUBMANN, S. 363; vgl. ders. auch in Ufita 39 (1963), S. 223 ff.

226. Dazu LARENZ, Allg. Teil BGB, § 8.II, S. 107 ff; RAISER, ZBJV 97, S. 141 ff; BGHZ 26, 349 und 31, 308.

227. MESTMAECKER, S. 525; FIKENTSCHER, Schuldrecht § 99.IV.1., S. 593; RAISER a.a.O., S. 134, 139 ff.

Einzelne Autoren wollen nur "gewissen vom Persönlichkeitsrecht geschützten Positionen" Zuweisungsgehalt zuerkennen: LARENZ, Schuldrecht II, § 68.II, S. 475; ESSER, Schuldrecht II, § 104.I, S. 365 f; vgl. aber II., S. 370. Dazu schon oben, S. 78.

228. So SCHLECHTRIEM, S. 456 f; ferner KLEINHEYER, S. 476 ff; KELLMANN, S. 54 f.

haftung auf jeden kausal durch die Verletzung des Persönlichkeitsrechts erzielten Gewinn anerkennen"²²⁹.

Auch in der deutschen Praxis zeigt sich verschiedentlich das Bedürfnis zur Abschöpfung der durch Persönlichkeitsrechtsverletzung erlangten Vorteile: So gewährte der BGH im sog. "Paul-Dahlke-Fall" einen Bereicherungsanspruch wegen unbefugter Verwertung des Bildes des berühmten Schauspielers zu Werbezwecken²³⁰. Auch in anderen, ähnlich gelagerten Fällen, wäre ein Bereicherungsanspruch durchaus in Frage gekommen: So hatte z.B. im "Catharina-Valente-Fall" der Name der Schlagersängerin einem Gebisshaftpulver zu besonderer Wirkung verholfen²³¹, während es im "Fernseh-Ansagerinnen-Fall" darum ging, dass eine Zeitung erheblichen Gewinn in Form von Auflagesteigerung durch Verletzung der Intimsphäre der betroffenen Personen erzielte²³².

2. Ebenso ist in England und Amerika verschiedentlich der Versuch gemacht worden, im Falle der Verletzung eines Persönlichkeitsrechts anstelle des Schadenersatzes, den vom Verletzer gemachten Gewinn zu verlangen. Insbesondere wurde in England darüber debattiert, ob ein Zeitungs- oder Buchverlag, der regelmässig Gewinne durch Persönlichkeitsrechtsverletzungen erzielt, diesen an die Betroffenen herausgeben müsse²³³. Zurückhaltend gegenüber der Gewinnherausgabe bei Verletzung des right of privacy zeigte sich bisher die amerikanische Praxis²³⁴: Im Falle Hart v. E.P. Dutten & Co., Inc.²³⁵ hatte der Beklagte über den

229. JAKOBS, S. 104; ähnlich HAINES; S. 106.

230. BGHZ 20, 345 ff.

231. BGHZ 30, 7 ff.; vgl. auch den "Herrenreiterfall", BGHZ 26, 349 ff, dazu oben, S. 118.

232. BGHZ 39, 124.

233. Dazu KOENIG, S. 205, insbes. N 114. Lord Devlin in Rooks v. Banard (1964) A.C. 1129, 1127: "Where a defendant with a cynical disregard for a plaintiff's rights has calculated that the money to be made out of his wrongdoing will probably exceed the damages at risk, it is necessary for the law to show that it cannot be broken with impunity."

234. Dazu ZWEIGERT/KOETZ II, S. 272; KELLMANN, S. 53; SCHLECHTRIEM, S. 450 f.

235. 93 N.Y.S. 2nd 871 (1949).

Kläger beleidigende und verletzende Behauptungen aufgestellt und damit einen Gewinn von nahezu 2,5 Millionen Dollar erzielt. Das Gericht hat die Klage auf Gewinnherausgabe abgelehnt, ebenso wie in *Cason v. Baskin*²³⁶. Immerhin zeichnet sich auch in den USA die Tendenz ab, dem Verletzten den Verletzergewinn zuzusprechen: In *Cabaniss v. Hipsley* stellte der Appellationsgerichtshof Georgia fest, der Schaden des in seiner Persönlichkeit Verletzten sei am "unjust enrichment" des Verletzers zu bemessen, das im "value of the use of the appropriate publicity" zu sehen sei²³⁷.

bbbb. De lege lata in der Schweiz

1. Obwohl sich die schweizerische Rechtsprechung - soweit ich sehe - noch nie mit der Gewinnherausgabe bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen befasst hat, hat das Problem, seit es von MERZ und OFTINGER - ohne näher darauf einzutreten - zur Diskussion gestellt wurde²³⁸, erhebliche Beachtung gefunden. Insbesondere HOFSTETTER stellt fest, dass die Gewinnherausgabe bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten von besonderer Bedeutung sei. "Wer unbefugt Namen, Bild oder Vorkommnisse, die der Privatsphäre zugehören gewinnbringend verwenden, hat neben Schadenersatz und Genugtuung auch mit Gewinnablieferung zu rechnen."²³⁹ Namentlich HOTZ, RIKLIN, SCHUMACHER und TRACHSLER ziehen dafür eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung in Betracht²⁴⁰, wobei das Erfordernis der Vermögensverschiebung nicht zu eng verstanden werden dürfe²⁴¹. Ebenso befürwortet BUCHER einen Bereicherungsanspruch bei "kommerzieller Verwertung von Persönlichkeitsbildnissen usw., welche nach den Regeln des Persönlichkeitsschutzes

236. 168 A.L.R. 430 (1944); vgl. auch *Bunuel v. Keystone*, 5 N.Y.S. 2nd 415.

237. 151 S.E. 2nd 496 ff (Ct. App. Georgia 1966).
SCHLECHTRIEM, S. 451.

238. MERZ, Persönlichkeit, S. 136 f; OFTINGER, Punktationen, S. 44 f.
239. HOFSTETTER, S. 209, N 6.

240. HOTZ, S. 32; RIKLIN, S. 418; SCHUMACHER, S. 211 f;
TRACHSLER, S. 108.

241. TRACHSLER a.a.O.

(ZGB 28) nicht ohne Zustimmung des (oder der) Abgebildeten hätte erfolgen dürfen"²⁴².

Die meisten Autoren geben allerdings infolge der nach traditioneller Auffassung für einen Bereicherungsanspruch erforderlichen Vermögensverschiebung (und dem damit untrennbar verbundenen Erfordernis eines der Bereicherung entsprechenden Schadens auf Seiten des Entreicherten) dem Anspruch aus Geschäftsanmassung gemäss Art. 423 OR den Vorzug²⁴³. Darauf ist bereits an anderer Stelle eingehend eingetreten worden²⁴⁴, wiederholt sei nur, dass derjenige, der ein fremdes Persönlichkeitsrecht verletzt, eben keine fremden Geschäfte im Sinne von OR 423 führt. Die Vorstellung, dass dem Träger des Persönlichkeitsrechts damit auch das Recht vorbehalten sei, die Ehre, den Privat- oder Intimbereich durch diffamierende Äusserungen oder Publikationen über sich selbst zu nutzen, ist absurd. Das Persönlichkeitsrecht beinhaltet eben keine Nutzungsbefugnis hinsichtlich des Rechtsobjekts, sondern lediglich den privatrechtlichen Schutz vor Verletzung Dritter²⁴⁵.

Sieht man andererseits nach der hier vertretenen Auffassung von der Voraussetzung einer Vermögensverschiebung für den Bereicherungsanspruch ab und versteht das Erfordernis "auf Kosten eines andern" als Beeinträchtigung einer fremden Rechtssphäre, so erhellt, dass derjenige, der einen finanziellen Vorteil durch Verletzung der Persönlichkeit eines andern erzielt, auf dessen Kosten bereichert ist.

Die von HUBMANN geäusserten Bedenken, die fliessenden Grenzen des Persönlichkeitsrechts würden dabei Rechtsunsicherheit erzeugen²⁴⁶, sind zumindest für schweizerische Verhältnisse nicht stichhaltig. Denn das schweizerische Recht steht auf dem Boden eines umfassenden allgemeinen

242. BUCHER, OR Allg. Teil, S. 626. Illustrativ ZR 79 (1980) Nr. 98: Ein Verlag hatte das Bild eines Mannequins unbefugt zu Werbezwecken für ein Mädchenbuch benutzt.

243. SCHUMACHER, S. 213 ff; OFTINGER und MERZ a.a.O.

244. Oben, S. 160 f.

245. BUCHER, Diss., S. 60; RAISER, ZBJV 97, S. 139, dazu oben, S. 135 f.

246. Oben, S. 240.

Schutzes der Persönlichkeit des Einzelnen, der in der Generalklausel von Art. 28 ZGB verankert ist, "welche als solche den allgemeinen Rechtszweck verfolgt und zwar indem sie die Persönlichkeit in den ihr von der Natur zugeordneten Gütern vor Verletzungen privatrechtlich schützt"²⁴⁷. Zu diesen Gütern gehören namentlich Leib und Leben, Privat- und Geheimbereich, Freiheit und Ehre²⁴⁸. Was das im einzelnen umfasst, ist vom schweizerischen Schrifttum ausführlich erläutert worden, darauf einzutreten würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen; es sei daher auf die einschlägige Literatur verwiesen²⁴⁹.

2. Festzuhalten ist, dass die durch eine Persönlichkeitsrechtsverletzung erlangte Bereicherung regelmässig nur in subjektiver Bereicherung, d.h. in Gewinn besteht; eine objektive Bereicherung kommt kaum in Betracht: Eine solche könnte nämlich nur in dem erblickt werden, was der Verletzer durch die unbefugte Persönlichkeitsverletzung eingespart hat, m.a.W., was er dem Betroffenen bei rechtmässigem Vorgehen hätte bezahlen müssen, um den betreffenden Eingriff vornehmen zu dürfen²⁵⁰. Abgesehen davon, dass für die Berechnung dieses Betrages keine Anhaltspunkte bestehen, müsste dem Verletzten unterstellt werden, dass er sich gegen Bezahlung einer entsprechenden Summe freiwillig in die missliche Lage gebracht hätte! Mithin kann somit die Berechnungsgrundlage für die herauszugebende Vermögensvermehrung nur dasjenige sein, was der Verletzer durch den Eingriff tatsächlich erlangt hat, d.h. also sein Gewinn.

3. Dieser Eingriffsgewinn ist dann ungerechtfertigt und daher herauszugeben, wenn der Eingreifer widerrechtlich

247. BUCHER a.a.O.; GROSSEN, S. 359.

248. Vgl. Vorentwurf der Expertenkommission für ein neues Persönlichkeitsrecht (Vorentwurf Persönlichkeitsrecht) Art. 28 Abs. 2.

249. Vgl. etwa EGGER zu ZGB 28, N 22-71; GROSSEN, S. 287 ff, 354 ff; HINDERLING, Persönlichkeit, S. 14 ff; HOTZ, S. 15 ff; JAEGGI, ZSR 1960 II, S. 145 a ff; MERZ, Persönlichkeit, S. 107 ff; RIKLIN, S. 7 ff.

250. Oben, S. 149.

gehandelt hat²⁵¹. Grundsätzlich ist das bei jedem Eingriff in ein fremdes Persönlichkeitsrecht der Fall, es sei denn, er beruhe auf einem Rechtfertigungsgrund. Letztlich handelt es sich bei der Frage, ob ein Eingriff in eine fremde Persönlichkeitssphäre widerrechtlich sei, um eine Güter- bzw. Interessenabwägung²⁵², wobei für die Entscheidung im Einzelfall, die jeder Rechtsordnung zugrundeliegende Wertskala massgebend ist²⁵³.

cccc. De lege ferenda in der Schweiz

Schliesslich ist die Frage der Gewinnherausgabe bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen hierzulande von aktueller Bedeutung: Der Vorentwurf der Expertenkommission über ein neues Persönlichkeitsrecht²⁵⁴ sieht nunmehr in Art. 28 b Abs. 1 lit. d einen Anspruch des Verletzten auf "Gewinnherausgabe gemäss den Bestimmungen des Obligationenrechts" vor, wobei Art. 49 OR dahingehend geändert werden soll, dass in einem Abs. 3 bestimmt werden soll, dass der Verletzte, auch wenn kein Verschulden des Eingreifers vorliege, einen "Anspruch auf Herausgabe eines durch die Verletzung erzielten Gewinnes oder sonstigen Vermögensvorteils" habe.

Der Schlussbericht der Expertenkommission vom Dezember 1974 erläutert dazu, dass eine Rechtsverletzung nicht nur Schaden oder seelische Unbill verursache, sondern möglicherweise dem unrechtmässig Handelnden auch einen Vermögensvorteil einbringe. "In Anlehnung an die Rechtsprechung bei Patentverletzungen, die sich auf Art. 423 OR stützt, empfiehlt es sich, in Art. 49 einen Anspruch auf Ausgleich dieser Störungsfolge vorzusehen, wobei vom Erfor-

251. Oben, S. 216. Ferner SCHUMACHER, S. 212; TRACHSLER, S. 108.

252. JAEggi a.a.O., S. 208a ff, insbes., S. 213 a ff; GROSSEN, S. 358 f; dazu auch VON TUHR/PETER, S. 411 ff.
Vgl. ferner Art. 28 a Vorentwurf Persönlichkeitsrecht und dazu S. 9 des Schlussberichtes der Expertenkommission.

253. HUBMANN, S. 141 f.

254. Bundesgesetz über die Aenderung des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts (Persönlichkeitsschutz), Vorentwurf.

dernis des Verschuldens, gleich wie in Art. 423, Umgang zu nehmen ist"²⁵⁵.

Diese Regelung ist grundsätzlich zu begrüßen, insbesondere ist positiv zu vermerken, dass der Gewinnherausgabeanspruch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen damit vom Umweg über Art. 423 OR gelöst und selbständig statuiert wird. Abzulehnen ist allerdings, dass dieser Anspruch im Rahmen der Art. 41 ff OR geregelt werden soll, nachdem nunmehr auch das BGer in BGE 97 II 178 festgestellt hat, die Ansprüche auf Schadenersatz und Gewinnherausgabe seien klar auseinanderzuhalten und nach besonderen Gesichtspunkten zu beurteilen²⁵⁶. Systematisch richtig ist der Gewinnherausgabeanspruch daher bei der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff OR) einzuordnen. Sodann ist der Gewinnherausgabeanspruch auch bei Persönlichkeitsverletzungen in dem Sinne von einem Verschulden des Verletzers abhängig zu machen, dass dieses grundsätzlich vermutet wird und dem Eingreifer ein Exkulpationsbeweis zugestanden wird. Dies ist bereits an anderer Stelle begründet worden (oben bbb.), und es kann darauf verwiesen werden.

255. Schlussbericht der Expertenkommission für die Ueberprüfung des zivilrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit (Dezember 1974), S. 34 f, vgl. auch S. 4 f.

256. Oben, S. 157.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 8. Dezember 1951 als Sohn von Carl und Margret Schaufelberger-Kläsi in Stäfa (ZH) geboren. Nach Erwerb der Eidgenössischen Matura (Typus B) im September 1971 durchlief ich vorerst ein Bankpraktikum. Im Oktober 1972 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und bestand im Juni 1977 das Lizentiat. Ab September des gleichen Jahres bis Ende 1978 arbeitete ich als Assistent bei Prof. Dr. Max Keller. Vom Juni 1979 bis Ende 1980 war ich am Bezirksgericht Uster tätig, ab 1. Februar 1980 als a.o. Gerichtsssekretär. Am 18. Februar 1981 wurde ich zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.

